



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

A OMISSÃO DO ESTADO JUIZ NA APRECIÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
FRENTE À EFETIVIDADE JURISDICIONAL

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autor: João Paulo Guimarães de Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número do candidato: 20151527

Setembro de 2019

Lisboa

*À minha esposa e ao meu filho,
com carinho.*

AGRADECIMENTOS

Realizar um sonho não é tarefa fácil e não seria possível sem a ajuda das pessoas mais próximas, a quem devo meu muito obrigado.

Agradeço à minha família, em especial, à minha esposa Carine, ao meu filho Carlos Eduardo e à minha tia Virgínia, pelo incentivo, pela compreensão nos momentos de ausência e, principalmente, por possibilitarem a realização do meu sonho.

Aos meus amigos e colegas de turma, meus mais sinceros agradecimentos. Em especial ao Guilherme, ao Carlos Bruno e ao José Juscelino, meu agradecimento especial pela presença sempre marcante e pelo apoio constante.

Por último e não menos importante, meu agradecimento especial ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Pedro, com certeza um dos pilares deste trabalho, professor que desde o primeiro contato me estimulou descomedidamente a me aprofundar no estudo sobre o Processo Civil Português, me inspirando tanto na forma de lecionar quanto com suas obras, que serviram de base para a construção deste trabalho.

“Uma coisa essencial à justiça que se deve aos outros é fazê-la, prontamente e sem adiamentos; demorá-la é injustiça.”

Jean de la Bruyere

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar o sistema processual civil no que tange às tutelas de urgências nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, especificamente a omissão perpetrada pelo julgador frente aos casos urgentes que necessitam de antecipação da tutela, fazendo um contraponto com o sistema de acesso à justiça e sua entrega de forma efetiva para o jurisdicionado. Utilizou-se como metodologia as pesquisas bibliográfica e documental, fundamentadas na literatura atual do Direito português e brasileiro no contexto da análise sobre o efetivo acesso à justiça e a necessidade de coibir as omissões nas decisões judiciais frente aos casos urgentes. Ao fim da pesquisa, é possível concluir que há a necessidade de alteração legislativa para que seja modificada a natureza do prazo do juiz na tomada de decisões, deixando de ser impróprio, passando a ser próprio, havendo a inclusão legislativa de um prazo mais encurtado para a tomada de decisão sobre matéria urgente. Com a insistência na omissão, poderia o jurisdicionado lançar mão dos recursos cabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Tutela de urgência. Omissão do juiz. Efetividade jurisdicional

ABSTRACT

This research aims to analyze the civil procedural system, in which the emergency guardianships are tied, in the legal systems of Portugal and Brazil, specifically the omission perpetrated by the judge in the urgent cases that need to anticipate the guardianship, notably by making a counterpoint with the system of access to justice and its delivery effectively to the jurisdiction. The methodology used was that of bibliographical and documental research based on the current literature of Portuguese and Brazilian laws in the context of the analysis on the effective access to justice and the need to curb omissions in judicial decisions in case of urgent cases. At the end of the research, it is possible to conclude that there is a need for legislative changes, so that the nature of the term for a judge is modified, from being inappropriate to being proper, with the legislative inclusion of a shorter term for the decision, with the insistence on the omission, the jurisdiction could resort to the appropriate resources.

KEYWORDS: Access to justice. Emergency guardianship. Omission of the judge. Jurisdictional effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ACESSO À JUSTIÇA – O DIREITO FUNDAMENTAL DE CARÁTER JUDICIAL....	13
1.1 Acesso à justiça – aspectos gerais.....	14
1.2 Direito fundamental de caráter judicial.....	17
1.3 Prazos processuais – aspectos definidores	19
1.4 Prazo razoável – definição geral	21
1.5 Morosidade judicial – aspectos conceituais	28
2 TUTELA JURISDICIONAL	30
2.1 Direito à efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental	35
2.2 Tutelas provisórias: tutela de urgência e ou procedimento cautelar.....	38
2.3 Principais características da Tutela de Provisória de Urgência e/ou Procedimento Cautelar no Brasil e em Portugal.....	40
3 O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO	45
3.1 Aspectos gerais.....	45
3.2 As competências jurisdicionais do juiz.....	46
3.3 Órgãos e instrumentos fiscalizadores e correcionais dos juízes.....	51
4 A OMISSÃO JURISDICIONAL FRENTE AOS CASOS URGENTES	62
4.1 Recurso cabível nos casos de apreciação dos pedidos de tutela de urgência no Brasil ...	64
4.2 Sistema recursal português e recurso cabível contra decisão proferida nos procedimentos cautelares de urgência em Portugal.....	68
4.3 Responsabilização civil do Estado por atos ilícitos praticados: evolução histórica no Brasil e em Portugal.....	81
4.4 Responsabilidade do Estado perante a configuração da omissão do juiz frente aos casos urgentes	89
4.5 Ausência de instrumentos imediatos e efetivos nos casos de omissão do juiz frente aos pedidos urgentes	99
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental que garante a todos os cidadãos de um dado Estado o direito à efetiva prestação jurisdicional, e não apenas o direito à simples manifestação perante o Poder Judiciário. Neste sentido, por deter tamanha importância, pode-se assegurar que o direito ao acesso à justiça garante e protege os demais direitos fundamentais existentes e salvaguardados pelos principais ordenamentos jurídicos, num contexto global.

Seguindo o raciocínio de que o estudo do direito processual deve permear a compreensão de que jurisdição existe para resolver litígios, tutelando o direito subjetivo das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas no seu mais amplo conceito das fontes do direito, pode-se afirmar, dentro desta perspectiva, que a tutela jurisdicional é a materialização do acesso à justiça, concedendo ao cidadão a oportunidade de buscar a justiça em seu sentido amplo, reclamando seus anseios e almejando a aplicação da norma, ambicionando a instituição da justiça.

Dentro das questões trazidas pelo cidadão à justiça, deparamo-nos com a urgência na matéria. Espera-se que haja uma aplicação esmerada e, de certa forma, veloz da jurisdição, para que sejam atendidos os anseios sociais e garantidas a efetividade e a irreprochável aplicação da norma. Esta pesquisa se pauta não no atendimento positivo dos anseios da parte postulante, mas na concretização de uma entrega jurisdicional célere, independente do resultado, pois apenas assim será configurado o efetivo e amplo acesso à justiça.

Neste sentido, há muito nos deparamos com ações que versam sobre casos urgentes e que necessitam de um desenvolvimento com duração razoável, em que o juiz, ao se deparar com uma situação urgente, deixa de apreciá-la, ou seja, omite-se no seu dever de entrega da jurisdição de forma esmerada e inequívoca, trazendo a falência da instituição da jurisdição. Dentro dessa perspectiva, observamos que no ordenamento jurídico brasileiro e português há instrumentos disciplinares e de caracterização de responsabilidade nos casos de morosidade do judiciário, ou na condução de forma equivocada, quando configurada a intenção do juiz em prejudicar as partes, bem como ao processo.

Outrossim, podemos perceber que tais instrumentos de coerção são necessários, mas se mostram efetivos apenas na reparação de um dano sofrido pela má administração da justiça, incorrendo na omissão do juiz em cumprir com suas obrigações precípua.

Com objeto precípuo, este estudo fixa o ponto na imediata solução do problema, ou seja, observada a omissão do juiz, frente aos reclamos urgentes, é imperiosa a demonstração dos instrumentos cabíveis para sanar tais omissões, se neste caso houver.

A presente investigação está fixada na efetiva entrega da tutela jurisdicional ao cidadão, frente aos anseios urgentes que demandam uma resposta imediata ao jurisdicionado. Consigna-se que o desígnio fundamental do acesso à justiça é a efetivação do direito processual coroadado através das constituições das repúblicas portuguesas e brasileiras, que preveem o acesso à justiça por meio da igualdade de direitos e obrigações das partes litigantes.

O artigo 202.º da constituição portuguesa esclarece que incumbe aos tribunais: “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesse público e privados”¹.

No mesmo sentido, o Direito brasileiro traz em sua constituição, no seu artigo 5.º, XXXV, a proteção ao acesso à justiça, como direito e garantia fundamental do cidadão: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”².

Devido à importância da temática, o acesso à justiça ultrapassou o caráter normativo estatal, sendo versada pelas normas internacionais de proteção dos direitos humanos, como se pode ver na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 10.º, utilizado como parâmetro de interpretação e integração das constituições portuguesa e brasileira, no que se baseia em direitos humanos, nos termos do respectivo n.º 2 do artigo 16.º, que acentua: “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que o seu caso seja julgado, equitativa e publicamente, por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações”³.

¹ PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa**. p. 73.

² ANGHER, Ana Joyce – **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. p. 8

³ PEREIRA *apud* CARVALHO, Ana Leonor da Silva Magalhães – **A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos – Direitos de Primeira ou Segunda Geração?**. Porto: Universidade do Porto, 2012. p.18. Dissertação de Mestrado em Direito.

Podemos também observar esse aspecto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6.º, que versa sobre o direito a um processo equitativo⁴, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8.º, que trata sobre as garantias judiciais⁵.

As normas jurídicas da maioria dos países democráticos, bem como as normas internacionais, corroboram os ditames humanísticos, que garantem a todos os cidadãos o direito de aceder à justiça, de forma célere e prioritária, sempre que pretendam que os seus direitos e interesses legalmente protegidos sejam salvaguardados, acentuando que o acesso efetivo a justiça se trata de uma garantia constitucional, com fito no amparo dos interesses legítimos afetados por quaisquer atos de particulares ou do poder estatal, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios⁶.

Continuando com o apontamento de Ana Carvalho, esta menciona, acertadamente, Cappelletti, para quem:

a função dos tribunais e dos processos judiciais alargaram-se de tal modo enormemente que não podem ser, por mais tempo, aceites como instrumentos adequados para a proteção apenas de elites privilegiadas. Pelo contrário, devem estar ao serviço de toda a sociedade. Assim, uma essencial – possivelmente a essencial – característica de um sistema de administração da justiça realmente moderno deve ser a sua efetiva, e não meramente teórica, acessibilidade a todos: porque, como sublinha o Prof. Joloyicz, [pouco vale ter um sistema judicial com garantias cuidadosamente formuladas, se ninguém, a não ser os ricos, pode fazer uso delas] (...) Justiça demorada é má justiça: um processo que se arrasta por tempo mais que razoável pode levar a uma denegação da justiça. (...) Constitucionalização, internacionalização e socialização representam (...) as três faces de uma visão de justiça.⁷

⁴ **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** ARTIGO 6º - Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁵ **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Artigo 8 – Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶ CARVALHO, Ana Leonor da Silva Magalhães – **A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos. Direitos de Primeira ou Segunda Geração?** Porto: Universidade do Porto, 2012. p.19. Dissertação de Mestrado em Direito.

⁷ CAPPELLETTI *apud* CARVALHO, Ana Leonor da Silva Magalhães – *Ibidem*.

A tutela do Estado tem por finalidade abrigar o direito do jurisdicionado em um conflito de interesses, porém, o acesso à justiça efetivo está em colapso, pela morosidade das decisões. Deste modo, indagamos: o que poderia ser feito para garantir a eficiência em tais situações?

A ferramenta existente para a efetivação da tutela de urgência pleiteada pelo cidadão é o pedido de antecipação dos efeitos desta tutela, na qual o requerente argui a apreciação de forma fundamentada, e o consequente deferimento da antecipação da tutela pretendida de forma provisória, por parte do juiz. Tal instrumento jurídico está previsto tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português. Mesmo sendo apresentado com nomenclaturas distintas, no caso do Direito brasileiro se pode encontrar “tutelas de urgência”, e no Direito português tem-se os “procedimentos cautelares”. Mas em ambos os ordenamentos, para a devida apreciação e consequente concessão é necessária a demonstração de três requisitos cumulativamente: a probabilidade do direito, o perigo na demora e a reversibilidade da decisão. Assim, utilizando de seus poderes jurisdicionais, poderá o juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor, nos casos de veemente urgência.

Diante da existência da possibilidade de arguição de enfrentamento das matérias urgentes de maneira antecedente, e graças aos princípios constitucionais e processuais como de livre apreciação das provas, juiz natural, independência, dentre outros, o juiz poderá fazer uma análise detalhada do caso concreto e de forma fundamentada, e poderá deferir ou indeferir o pleito antecipatório ou cautelar do autor.

Havendo a manifestação por parte do Estado Juiz, os ordenamentos jurídicos – tanto o brasileiro quanto o português – possuem recursos específicos para a realização da análise por parte dos tribunais revisores, das decisões proferidas em sede de antecipação dos efeitos da tutela ou dos procedimentos cautelares.

A presente pesquisa não tem a pretensão de se aprofundar nas matérias recursais de decisões deferidas ou indeferidas, mas, sim, o intuito de analisar a omissão por parte dos julgadores, que, perante súplicas urgentes, necessitando de análises peremptórias, não as fazem, quedando-se inertes aos reclamos cogentes individuais.

Resguardando os direitos fundamentais protegidos pelas constituições, perante os princípios constitucionais de acesso à justiça, bem como a inafastabilidade jurisdicional, o juiz não pode se omitir perante as demandas urgentes, tanto do autor quanto do réu.

Os mecanismos hoje existentes, por suas naturezas, como a correição parcial, que possui cunho disciplinar e a responsabilização do Estado, de cunho indenizatório, a princípio não trariam efetividade imediata ao jurisdicionado, sendo que este necessita de uma resposta

jurisdicional rápida e imediata, ou seja, no momento em que requereu pela antecipação dos efeitos da tutela.

Cumpre ressaltarmos que a correção parcial constitui expediente de caráter administrativo, destinado a corrigir ato judicial que, por *error in procedendo*, venha a causar inversão tumultuária do processo. É, enfim, um instrumento jurídico-correcional, que não se confunde com os recursos ordinários previstos, genuinamente, na legislação federal.

Diante da escassez de recurso para suprir a omissão do juiz, frente aos pedidos de antecipação da tutela por motivos justificados e fundamentados, há necessidade de uma análise aprofundada do tema para que se chegue a um consenso, pois não se pode calar sobre as arbitrariedades ocorridas e, assim, macular a tão imperiosa instituição da justiça.

Não há neste trabalho a pretensão de um esgotamento da matéria. Buscamos identificar, pontuar os problemas existentes e de alguma forma trazer soluções práticas, dentro da legalidade, para tal desiderato, ressaltando as recentes reformas nos ordenamentos jurídicos processuais em ambos os países, Brasil e Portugal, objetos desta pesquisa.

1 ACESSO À JUSTIÇA – O DIREITO FUNDAMENTAL DE CARÁTER JUDICIAL

Preambularmente, consigna-se que o Estado tem como característica a estruturação de todos os poderes, na busca da melhor entrega dos serviços típicos aos seus jurisdicionados, fazendo jus ao poder conferido ao Estado por seu povo. Divide-se as funções de um Estado em: função executiva, função legislativa e função jurisdicional.

A função executiva compreende a prática dos atos administrativos do governo, delineados pelos princípios e diretrizes que movem as atividades do Estado, que são o efetivo exercício de atividades típicas, propensos à concretização das linhas políticas adotadas⁸.

A função legislativa refere-se à edição originária das normas jurídicas que formarão o ordenamento jurídico estatal. Trata-se do compêndio de normas que terá como finalidade regulamentar as atividades desenvolvidas pela sociedade, assim como as atividades desenvolvidas pelo próprio Estado. Para a caracterização de um Estado de Direito, os próprios entes estatais se submetem ao Direito, mas o Estado, todavia, não se limita às leis formalmente válidas, cujo conteúdo pode, contrariamente, ser despótico ou antiético⁹.

Como ensina o ilustre professor José Joaquim Gomes Canotilho:

o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e grupos.¹⁰

Finalmente, no que tange ao poder ou função judiciária, com característica jurisdicional, sua atividade é desenvolvida por meio do exercício da jurisdição, onde o Estado substitui a atuação privada na solução de conflitos de interesse, com a finalidade de manutenção ou restabelecimento da paz social, trazendo consigo o dever de facilitação ao acesso à jurisdição devido à severa restrição de autotutela.

Ada Pellegrini Grinover, em sua obra sobre a teoria geral do processo, afirma sobre o poder jurisdicional: “Seu escopo, portanto, é a pacificação social, juntamente com seu caráter

⁸ LEAL, Luciana de Oliveira – **O Acesso à Justiça e a Celeridade na Tutela Jurisdicional** [Em linha]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2015. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=053fc292-1768-4876-a1df3ed17508a86&groupId=10136. p. 02.

⁹ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁰ CANOTILHO *apud* LEAL, Luciana de Oliveira – **Ibidem**.

educativo quanto ao exercício e ao respeito a direitos e deveres, e a preservação da liberdade e do ordenamento jurídico, bem como da autoridade estatal, preservando-se, ainda, a efetivação do próprio direito”¹¹.

Acrescenta o ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luiz Fux, que a função jurisdicional é a “atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto”¹².

É cediço afirmarmos que aquele que busca o Estado, desencadeando o exercício da jurisdição, é titular de uma pretensão à obtenção da prestação jurisdicional, resposta ao reclamo daquele que busca ver tutelado um direito em tese existente¹³.

A jurisdição é exercida por meio do processo, que se caracteriza como relação jurídica entre autor, juiz e réu, formando a triangularização das partes envolvidas em um conflito de interesses que dependem da manifestação judicial para determinados atos.

Conclui-se, assim, que o processo cumpre um propósito instrumental, pois, por seu intermédio, adequa-se o procedimento processual a fim de buscar a guarida estatal que ampare o direito material ora pleiteado. Com isso, podemos definir que a função precípua da jurisdição só terá qualquer prestabilidade se a resposta do estado juiz aos desígnios sociais forem aptos a cumprirem com sua função, adentrando na questão do acesso à justiça.

1.1 Acesso à justiça – aspectos gerais

O conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sob um ponto de vista restrito, não havendo lugar para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas a manifestação de uma pretensão ao estado juiz, como se tal direito à propositura da pretensão fosse o bastante para assegurar ao cidadão o direito de simples entrada à jurisdição.

O acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que todas as pessoas sejam admitidas a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN 978-85-392-0000-9. p. 20.

¹² FUX, Luiz – **Curso de Direito Processual**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. ISBN 9788530925604. p. 41.

¹³ PONTES DE MIRANDA *apud* LEAL, Luciana de Oliveira – **O Acesso à Justiça e a Celeridade na Tutela Jurisdicional** [Em linha]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2015. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=053fc292-1768-4876-a1df3ed17508a86&groupId=10136. p. 02.

condenáveis as restrições quanto a determinadas causas. Porém, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais¹⁴.

O conceito jurídico de acesso à justiça ultrapassa o sentido literal, pois significa também o direito a um devido processo, tendo em vista que se busca, assim, “um processo carregado de garantias processuais, equitativo, que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz”¹⁵.

É de extrema importância o estabelecimento de garantias ao acesso à jurisdição, proporcionando um mecanismo de facilitação a tal acesso. Mas isso é elementar, devido à monopolização do Estado do poder jurisdicional, chegando ao ponto de criminalizar o exercício da autotutela.

Havendo a disponibilidade de acesso inicial a jurisdição, se tornará identicamente necessária a efetiva entrega jurisdicional, denominada como um acesso reverso, ou seja, uma porta de saída da jurisdição, tendo em vista que o acesso à justiça deverá ser pautado pela entrega efetiva da jurisdição, não fazendo qualquer sentido o estabelecimento de facilidades para que se adentre ao judiciário, mas que, caso o fizer, o Estado não tenha nenhum compromisso com a efetividade.

Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema social, político, jurídico, e, de outro, superar os óbices que a experiência nos mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final. Esses óbices se situam em quatro pontos sensíveis, como a admissão ao processo, o modo de ser do processo, a justiça das decisões e a efetividade das decisões¹⁶.

Para Mauro Cappelletti, o acesso à justiça é um aspecto fundamental do Estado social de direito, do que os alemães chamam de *Sozialer Rechtsstaat*, também denominada de *Welfare State*, típico das sociedades modernas¹⁷. Continua o autor: “o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é, também, necessariamente, o ponto

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN 978-85-392-0000-9. p. 39.

¹⁵ SOUZA, Wilson Alves de – **Acesso à Justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação** [Em linha]. Santa Catarina: E-GOV, 2012. [Consult. 30. Abr. 2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-conceito-problemas-e-busca-da-sua-supera%C3%A7%C3%A3o>. p. 01.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – *Op. Cit.* p. 40.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro – **Acesso à Justiça. Conferência realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul** [Em linha]. Rio Grande do Sul: AMPRS, [sd]. [Consult. 1 Maio de 2018]. Disponível em https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275676491.pdf. p. 48.

central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”¹⁸.

O acesso à justiça é um direito fundamental que garante a todos os cidadãos de um dado Estado o direito à efetiva prestação jurisdicional, e não apenas o direito de manifestação perante o Poder Judiciário, sendo imperioso traçar a diferenciação dos institutos do direito à manifestação perante o judiciário e a efetiva prestação jurisdicional, pois aquele garante apenas a simples manifestação processual, e este vem para garantir a mais pura essência da jurisdição, que é a materialização de justiça.

Neste sentido, por deter tamanha importância, podemos assegurar que o direito ao acesso à justiça garante e protege os demais direitos fundamentais existentes nos ordenamentos jurídicos de quase todo o mundo, servindo de escopo de garantia de aplicação e defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O estudo do direito processual deve permear a compreensão de que jurisdição existe para solucionar casos, resolver litígios, tutelando o direito subjetivo das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas. Dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que a tutela jurisdicional é a materialização do acesso à justiça, concedendo ao cidadão a oportunidade de se buscar justiça, em seu sentido amplo, reclamando seus anseios e buscando a aplicação da norma em seu caráter amplo, almejando a justiça.

Ensina Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’, a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até aonde avançar no objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente é a primeira tarefa a ser cumprida.¹⁹

Neste sentido, devemos analisar o acesso à justiça com o propósito de efetividade, resguardando a igualdade material, onde se trata os iguais igualmente e os desiguais

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective** [Em linha]. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978. [Consult. 3 Mai. 2018]. p. 184.

¹⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 186.

desigualmente, na medida de suas desigualdades, proporcionando com isso a paridade de armas entre as partes, almejando ao final o estabelecimento de justiça.

Obviamente, para que a jurisdição seja efetiva, deve-se ter em mente que ela precisará de uma comunhão de direitos e do estabelecimento de deveres das partes jurisdicionadas e do estado juiz, com a consolidação dos direitos estabelecidos como instrumentos para o devido processo legal influenciando as ferramentas para o acesso, e ficando estabelecido o papel de cada sujeito processual – autor, réu e juiz –, estabelecendo prazos e ferramentas processuais que de certa forma servirão de arcabouço para a efetividade jurisdicional.

O tempo processual é muito discutido em diversos países, pois as partes buscam uma solução judicial em tempo razoável e precisam esperar por anos até que cheguem a uma decisão. Os efeitos desta demora podem ser devastadores, aumentando demasiadamente os custos processuais, chegando ao ponto de pressionar a parte economicamente mais fraca a renunciar aos seus direitos.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente em seu artigo 6.º, parágrafo 1.º, que a “justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, justiça inacessível”. Por sua vez, a disseminação do conhecimento de direitos básicos entre os indivíduos que não têm conhecimento técnico-jurídico traria, sobremaneira, a facilitação ao acesso à justiça, bem como uma justiça efetiva, pois os indivíduos iriam, de certa forma, exaurir a desconfiança que têm sobre os operadores do direito e, principalmente, sobre o poder judiciário.

1.2 Direito fundamental de caráter judicial

A doutrina constitucionalista alemã utiliza a expressão “Direitos Fundamentais Judiciais” como referência às proteções do indivíduo frente aos processos judiciais. Dentro desse viés, a expressão recebe críticas devido à sua abrangência, pois o direito fundamental do devido processo legal não abarca apenas os procedimentos judiciais, mas também vem sendo observado e utilizado em procedimentos administrativos, ultrapassando a barreira judicial a princípio imposta.

O Direito brasileiro utiliza-se das expressões “Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo”, que também trazem imperfeições terminológicas devido à limitação judicial do termo. Contudo, entendemos que as críticas tecidas aos termos utilizados demonstram a utilização excessiva de preciosismo, tendo em vista que a ideia central

é a utilização das garantias processuais nos procedimentos administrativos, e que muito embora existam legislações próprias, no caso do Brasil, elas muitas vezes carecem de regulamentação geral.

Neste toar, podemos observar que os países europeus já enfrentam o acesso à justiça de forma efetiva, com caráter singular, pois em sua convenção sobre direitos humanos, o tema é tratado com características de prioridade, devendo esses países seguirem tal regulamentação.

Sobre o tema, ensina o professor Gilmar Ferreira Mendes:

A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que ocorresse expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu. Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição.²⁰

Vale destacarmos, dentro da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o artigo 6.º, 1, que versa sobre o direito ao devido processo legal, com ênfase em um processo submetido ao postulado da celeridade, celeridade esta que deve estar na discussão central dos direitos e garantias processuais, pois a entrega jurisdicional deverá atender os critérios básicos, almejando a realização de justiça.

Para Wener Beulke, o direito ao devido processo legal contemplado no artigo 6.º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, configura direito de caráter geral abrangente dos direitos especiais que dele derivam²¹.

É uníssona na doutrina a caracterização das garantias processuais, nas quais se enquadram o acesso à justiça cumulada com celeridade processual, buscando a efetiva entrega jurisdicional, como direitos humanos, no que tange à proteção à dignidade da pessoa humana.

Martin Kriele define que os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, e tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo²².

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7. p. 41.

²¹ Wener Beulke *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7. p. 572.

²² Martín Kriele *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 573.

Fato é que a esboreita aplicação das garantias processuais caracteriza um elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.

Em comentários ao artigo 1.º da constituição alemã, Günther Dürig afirma que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva e fere o princípio da dignidade da pessoa humana²³.

Os direitos fundamentais de caráter judicial têm como escopo final a garantia e a proteção dos mais elementares direitos do indivíduo, estando certo que o Estado assuma o papel de mediador de conflitos. Com isso, espera-se que o Estado preste serviço jurisdicional adequado, com equidade, para que as partes tenham a sensação de justiça no seu plano mais amplo.

Para a doutrina portuguesa, podemos elencar como direito fundamental a jurisdição, alguns princípios gerais, como direito ao acesso aos tribunais, elencado no artigo 20.º da Constituição República Portuguesa, e, dentre outros princípios, o não menos importante princípio do prazo razoável.

1.3 Prazos processuais – aspectos definidores

A prática de atos processuais deve obedecer a um prazo estabelecido por lei, na sua ausência estipulado pelo julgador, existindo uma divisão entre tais prazos processuais como próprios e impróprios.

Os prazos próprios são aqueles estabelecidos pela lei e que atingem as partes, ou seja, não podem sofrer alteração por convenção das partes envolvidas no processo. A não observância dos prazos próprios tem como consequência direta a preclusão, o perecimento do exercício do direito.

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, “a teoria dos prazos está intimamente ligada à das preclusões, porque, máxime num sistema de procedimento rígido como é o

²³ Günther Dürig *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7. p. 575.

brasileiro, sua fixação visa na maior parte dos casos a assegurar a marcha avante, sem retrocessos e livre de esperas indeterminadas”²⁴.

Nelson Nery afirma que prazos próprios são aqueles “fixados para o cumprimento do ato processual, cuja inobservância acarreta desvantagem para aquele que o descumpriu, consequência essa que normalmente é a preclusão”²⁵.

Os prazos próprios devem ser observados por todos os atores processuais que atuem como parte, a exemplo do Ministério Público e Defensoria Pública. Isso também vale para terceiros. Já os prazos impróprios são aqueles fixados pela lei processual, aos órgãos do judiciário, sendo que a ausência de observância não gera consequência processual.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “nem todos os prazos são preclusivos, ou próprios: existem também os prazos impróprios, destituídos de preclusividade”²⁶.

Os prazos impróprios são aqueles a serem observados pelo juiz, onde a sua inobservância, apesar de não acarretar a chamada desvalia em matéria processual, tampouco preclusão, acarreta aos responsáveis, por sua não observância, possíveis sanções administrativas, conforme a análise do caso concreto e justificativa aplicável. Constituem prazos impróprios aqueles fixados na lei apenas como parâmetros para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta detrimientos para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz²⁷.

Neste sentido, para muitos, os prazos impróprios são considerados os causadores da desvalia processual no que tange à celeridade e a razoável duração do processo. Esse entendimento decorre do fato de os prazos impostos aos servidores, auxiliares da justiça e aos magistrados, que geralmente deixam de ser observados.

Com efeito, para finalizarmos o comentário acerca dos prazos próprios e impróprios, podemos dizer que a diferença entre ambos se encontra no fato de que o descumprimento dos prazos próprios ocasiona consequências processuais às partes, enquanto nos prazos impróprios, que vinculam juízes, serventuários, auxiliares da justiça, do ministério público, quando fiscal da lei, gera apenas consequências disciplinares, nos moldes legais, deixando o legislador de observar que os prejuízos suportados pelas partes é irreparável, devendo ficar estabelecido o

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel - **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 8.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 86.

²⁵ NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade - **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 14.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISBN 9788520351789. p. 45.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel – *Op. Cit.* p. 86.

²⁷ NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade – *Op. Cit.* p. 45.

que é um prazo razoável e a importância do estabelecimento deste prazo para a efetividade jurisdicional.

1.4 Prazo razoável – definição geral

O entendimento do direito ao acesso à justiça como dever do Estado e direito efetivo do indivíduo à jurisdição implica diretamente na resposta judicial à pretensão deduzida em um prazo razoável, pois uma decisão ou uma providência executiva tardia pode equivaler à denegação de justiça²⁸.

Como ensina José Lebre de Freitas, “O prazo razoável conta, em processo civil, desde a data da propositura da ação até ao término do processo, mas pode mostrar-se excedido no decurso deste, nomeadamente quando ele se mantenha por um período significativo completamente parado”²⁹.

Devemos observar que a duração do processo só poderá ser apreciada, em concreto, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, bem como os atos processuais existentes e a complexidade da causa. Assim, o cúmulo de atos legais, atos estes cumpridos em seus prazos, não poderão ser fator determinante para a caracterização de excesso de prazo.

Podemos perceber que tanto na constituição portuguesa, em seu artigo 20.º, 4³⁰, quanto na constituição brasileira em seu artigo 5.º, LXXVIII³¹, é referendado o direito à duração razoável do processo, consolidando a importância do instituto frente às garantias fundamentais, que devem ser protegidas pelo próprio Estado julgador. Importa debruçarmos sobre o significado de razoável duração do processo, pois no sentido etimológico dos termos duração e processo, substantivos, há pouca margem para dúvidas, mas o adjetivo razoável traz a indagação sobre o lapso temporal. No que tange ao significado etimológico da palavra razoável, esta compreende a sensatez de algo, coisa moderada.

Seguindo a lógica técnico-processual, devemos atentar para a concepção clássica do direito de ação, pois não se trata apenas do direito à solução do litígio ou o direito a uma

²⁸ FREITAS, José Lebre de – **Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Novo Código**. p. 145.

²⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 146.

³⁰ Artigo 20º - Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva. 4 – Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

³¹ Art. 5º. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

sentença meritória, mas sim de um entrega jurisdicional efetiva, dentro de um prazo razoável, sensato e moderado.

Insta mencionarmos que o direito de ação está envolto às técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material. O inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição brasileira e o artigo 20.º, 4 da Constituição portuguesa, positivam o direito à duração razoável do processo como garantia fundamental.

Quando consideramos o direito ao alcance da tutela do direito material, temos de considerar a sua efetividade, que também reclama tempestividade. Ao abandono da concepção clássica de direito de ação, atribui-se a ele o significado de direito à tutela jurisdicional efetiva, inserindo-se no direito de ação o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.

Os ditames constitucionais brasileiro e português se pautam não apenas no direito à duração razoável do processo, mas também na efetividade da tutela jurisdicional do direito, ou seja, as normas constitucionais conferem ao jurisdicionado não apenas o direito à duração razoável do processo com fito na celeridade dos procedimentos, mas que esse processo seja eficaz às partes.

Como dito linhas acima, a razoabilidade é um princípio constitucional, tanto em Portugal quanto no Brasil. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem reproduzido a tese de que todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade³².

Diz aquela Suprema Corte que as normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do poder público devem se ajustar à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law*³³.

O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do *due process of law*³⁴. O legislador, pela sua função típica, é obrigado a dar proteção normativa ao direito fundamental à duração

³² MELLO, Celso de, relat. Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.667-4** [Em linha]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2002. [Consult. 10 Mai. 2018]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>p. 276.

³³ FUX, Luiz, relat. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5468/DF** [Em linha]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. [Consult. 10 de Mai. 2018]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. p. 12.

³⁴ MENDES *apud* MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 34.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. ISBN 978-85-970-1621-5. p. 100.

razoável, devendo editar normas com o fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável.

Nesse mesmo sentido, ao viabilizar a possibilidade do julgador em distribuir o ônus do tempo processual conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como reprimir, mediante sanções, a atuação protelatória das partes, o legislador deve também instituir o ônus do tempo processual ao juiz, fixando sanções preclusivas, disciplinares e pecuniárias diante da não observância dos prazos estabelecidos.

A normatização da possibilidade de antecipação de tutela, com fundamento na existência do perigo de dano, é um exemplo de regra que viabiliza a obtenção da tutela jurisdicional de forma efetiva, constituindo proteção imprescindível ao direito fundamental à duração razoável.

O legislador ao atribuir ao julgador o poder de distribuir o ônus do tempo do processo, deixa de observar que o órgão julgador tem participação essencial no transcurso processual, pois o processo tramita devidamente com a prática de atos das partes e do juiz. O tempo é visto por alguns como algo que cientificamente não é importante para o processo, e certamente por isso foi colocada toda responsabilidade no autor e réu, como se eles fossem os únicos culpados pela demora inerente à cognição dos direitos.

Acontece que o tempo, muito mais que uma tarefa de quem aciona o judiciário, trata-se de uma prerrogativa do julgador, tendo em vista que para um julgamento escorreito, sem máculas, é necessário o estabelecimento de um tempo para as devidas reflexões e questionamentos, a fim de formar sua convicção, assim como uma necessidade democrática advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo para que se chegue a um resultado equitativo.

O direito à duração razoável do processo não foi tratado pelo poder constituinte originário brasileiro, pois fora apenas introduzido no ordenamento jurídico deste país pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou no artigo 5.º, LXXVIII³⁵, a garantia fundamental à duração razoável do processo.

O legislador brasileiro, de forma tardia, positivou o direito que para muitos se encontrava de forma implícita em princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana, na proteção efetiva judicial, dentre outras garantias. Como ensina Gilmar Mendes, “a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas de forma direta a ideia de

³⁵ Art. 5.º (...), LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

proteção judicial a efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”³⁶.

No ordenamento jurídico português, de forma mais adiantada que o brasileiro, o direito a uma decisão em prazo razoável teve seu reconhecimento formal com revisão constitucional de 1997. Todavia, mesmo antes da quarta revisão constitucional, a doutrina já se inclinava a considerá-lo um direito fundamental análogo previsto em fonte de direito internacional³⁷.

O direito à razoável duração do processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo, por exemplo, o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica³⁸.

Em território português, a duração excessiva do processo é um dos problemas da justiça portuguesa. Portugal já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo, em virtude de processos pendentes sem o devido julgamento nos tribunais portugueses³⁹.

Como já dito alhures, o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra o direito a um julgamento em prazo razoável. Ressalta-se que ao julgar casos de violação por duração excessiva do processo, a Corte Europeia não estabelece em seus julgados um tempo mínimo ou máximo para o término dos feitos. O que o Tribunal de Estrasburgo concretizou em sua jurisprudência sobre o tema foi o estabelecimento de parâmetros que devem ser observados em todos os casos em que um Estado seja acusado de delongar exorbitantemente contendas judiciais, devendo preencher requisitos como complexidade do caso, comportamento das partes e comportamento das autoridades judiciais⁴⁰.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7. p. 117.

³⁷ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. p. 10. Dissertação de Mestrado em Direito.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 85.

³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Prazo Razoável [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. em 08 de Mai. de 2018]. Disponível em: <https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/paulo-pinto-de-albuquerque/prazo-razoavel-1756727.html>. p. 1.

⁴⁰ “the reasonableness of the length of proceedings is to be assessed in each case according to the particular circumstances and having regard to the criteria laid down in the Court’s case-law” (GUINCHO V. PORTUGAL. Application no. 8990/80, STRASBOURG, 10/08/1984) *apud* BISCH, Isabel da Cunha - **A razoável duração do processo nas experiências europeia e brasileira** [Em linha]. Porto Alegre: RPGE. [Consult. 08 Mai. 2018]. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110518/razoavel_duracao_processo_bisch.pdf. p. 56.

Entretanto, as definições sobre o prazo devem observar as peculiaridades do processo e seguir com conformidade as características do processo, tais como a complexidade da matéria, existência ou não de litisconsórcio, passivo ou ativo, bem como a postura das partes dos integrantes estatais no decorrer processual.

Conforme Ricardo Pedro, o direito fundamental a uma decisão proferida num prazo razoável, apesar de sistematicamente não integrar a parte legislativa dedicada aos direitos, liberdades e garantias, beneficia-se do mesmo regime por efeito de analogia⁴¹.

Afirma o autor:

Esta analogia é justificada por o direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas preencher cumulativamente os seguintes elementos típicos daqueles direitos: *i)* tratar-se de uma posição subjectiva atribuída susceptível de ser imputada a pessoas concretas (as partes no processo) em razão da sua condição humana (individualidade); *ii)* tratar-se de uma posição subjectiva determinada a um nível que é atribuída para a protecção jurídica dos cidadãos na salvaguarda da dignidade da pessoa humana (determinabilidade) e *iii)* cujo conteúdo é decisivo na constituição das estruturas básicas do Estado e da sociedade (fundamentalidade).⁴²

No ordenamento jurídico português, no que tange ao processo penal, os instrumentos processuais utilizados para coibir a duração excessiva do processo são divididos em dois tipos: a prescrição do procedimento pela duração irrazoável do processo e, se ainda não estiver prescrito, será fator de diminuição da pena. Como é sabido, a violação de normas internacionais que tenham conteúdo humanístico ensejará na responsabilização do Estado e na consequente condenação deste ente.

O direito a uma decisão num prazo razoável está esculpido também nas normas internacionais das quais Brasil e Portugal fazem parte, mesmo que em tratados internacionais distintos, pois o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e Portugal da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, vinculando tais países ao cumprimento.

O Brasil, no escopo de internalização das normas internacionais, adota, segundo entendimento jurisprudencial, devido à ausência de normatividade legal, a teoria dualista, a qual defende a necessidade de transformação das normas internacionais em normas internas, para que as normas internacionais tenham efetiva validade no território nacional. No que tange ao

⁴¹ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. p. 10. Dissertação de Mestrado em Direito.

⁴² *Idem* – ***Ibidem***.

conflito das normas nacionais e internacionais, se as normas internacionais estejam diretamente ligadas aos direitos e garantias fundamentais, o sistema brasileiro adota o monismo internacionalista dialógico, prevalecendo aquela que melhor atender os anseios do cidadão.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, entendeu que as normas sobre direitos humanos que forem transformadas em normas internas, passando pelo processo e ratificação, receberão o status supralegal, ressalvada aquelas recebidas nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5.º da Constituição Federal do Brasil⁴³, que receberão status de emenda à constituição.

O ordenamento jurídico português, com a adesão à Convenção Europeia de Direitos do Homem, dispõe de um instrumento que o obriga a “dar cumprimento ao direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas”, atribuindo um valor supralegal a esse direito, constante naquele diploma internacional por via de sua ratificação⁴⁴.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos traz em seu artigo 8.º, como título de garantias processuais, que a decisão ocorrida em um prazo razoável é um instrumento garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo. Como mencionado anteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6.º, trazendo o direito a um processo equitativo, menciona o prazo razoável como elemento essencial para o estabelecimento efetivo de justiça.

Após debatermos a conceituação e a configuração do prazo razoável de uma decisão sem dilações indevidas, é necessário nos atentarmos para as consequências da violação deste direito. O professor Ricardo Pedro faz a diferenciação entre duas consequências, as extraprocessuais e as endoprocessuais.

As consequências extraprocessuais ocorrem quando, configurada a violação de direitos e garantias constitucionalmente protegidos, os tribunais devem utilizar todos os instrumentos existentes, tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, para repararem o dano sofrido, sendo a indenização a forma prototípica de reparação de danos⁴⁵.

Ensina Ricardo Pedro que:

A reparação ou compensação dos danos causados por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas, enquanto consequência

⁴³ Art. 5º (...) § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴⁴ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. p. 12. Dissertação de Mestrado em Direito.

⁴⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 21.

reparatória que ocorre por via de outro processo, de um processo indenizatório, vem a revelar-se uma consequência extraprocessual.⁴⁶

Seguindo a linha de intelecção do autor acima citado, caracterizado o dano pelo desrespeito à duração razoável do processo ou por quaisquer dilações indevidas que sejam perpetradas pelo juízo, deverá o Estado reparar a vítima através de indenização. De forma precisa, continua o professor que além das consequências extraprocessuais, encontra-se escopo no ordenamento jurídico as consequências endoprocessuais, que ocorrerão dentro do próprio processo que configura a dilação indevida.

As consequências endoprocessuais acabam por se revelar concretizações do direito fundamental à reparação dos danos causados pela violação do direito a uma decisão em prazo razoável, permitindo uma densificação do conteúdo daquele direito constitucionalmente garantido que vai além de um direito de crédito sobre o Estado⁴⁷.

Quanto às consequências endoprocessuais, como ensina Ricardo Pedro, tais soluções são sobremaneira tratadas para o processo penal, produzindo efeitos imediatos no próprio processo, tendo como uma das soluções a nulidade de todo do processo, o que não é um posicionamento unânime. Outra solução que se desventura, como consequência das dilações indevidas, é a atenuação da pena, que só é concebível quando o tribunal concluir pela condenação do arguido, posição adotada por Portugal. Ou ainda, para remediar a violação do direito a uma decisão em prazo razoável, recorre-se à não execução da pena aplicada⁴⁸.

No Brasil, temos a possibilidade de determinar a prescrição de determinado crime nos casos em que o Estado não impulsiona o processo, de forma a cumprir com os ditames do prazo razoável nos termos do artigo 109.º do Código Penal Brasileiro⁴⁹, tendo como parâmetro de contagem o tempo da pena de forma abstrata.

Dentro deste contexto, percebemos que há necessidade de tratarmos a consequência endoprocessual, nos processos cíveis e administrativos, demonstrando, assim, ser imperativo

⁴⁶ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. p. 21. Dissertação de Mestrado em Direito.

⁴⁷ PEDRO, Ricardo – *Op. Cit.* p. 22.

⁴⁸ PEDRO, Ricardo – *Op. Cit.* p. 21.

⁴⁹ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

nos debruçarmos sobre o tema, que é de grande relevância para a concretização de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

1.5 Morosidade judicial – aspectos conceituais

A morosidade judicial pode ter muitas ramificações, mas devemos ter em mente é que os atrasos na justiça reduzem o valor dos direitos e garantias, afetam e distorcem a atividade econômica e aumentam significativamente os custos da justiça, quer para as partes, quer para o Estado⁵⁰.

Em muitos países, mais detidamente em Portugal e no Brasil, o debate sobre a morosidade jurisdicional e o acúmulo processual são vertentes, pois num momento em que se intensifica a discussão sobre o tema de uma gestão eficaz, baseada no princípio de excelência, torna-se necessário voltar as atenções para a ética, a qualidade e a cidadania, integrando assim o debate sobre a efetividade judicial e a reforma processual.

O conceito de morosidade põe naturalmente o enfoque na extensão temporal da justiça, pois a morosidade abrange um conceito com forte carga polissêmica, sendo utilizado com sentidos distintos, podendo vir à tona como duração do processo, lentidão dos tribunais e prática de atos processuais fora do prazo legal.

O conceito de morosidade nos leva a uma ideia de um conceito negativo que exprime a ideia de anormal decurso do tempo. Diferentemente, o conceito de duração é um conceito neutro, significando o espaço de tempo que o processo levou a tramitar no sistema de justiça.

O processo judicial é constituído por uma sucessão de atos praticados pelos diferentes personagens jurisdicionais. Em regra, os atos são praticados de forma sucessiva, ou seja, apenas começará a fluir o ato posterior quando o ato anterior já estiver concluído. Com isso, o processo demanda um tempo que por si só não pode ser considerado como morosidade, apenas um acúmulo de atos processuais que tornam a justiça lenta.

Dentre os possíveis atos processuais, podemos denominá-los de necessários, que são aqueles impostos pela lei com o fito de resguardar a segurança jurídica e processual, bem como os atos jurisdicionais, atos praticados pelo juiz, que deve proferir decisões e impulsionar o processo adequadamente. O cumprimento desses atos dentro do prazo estabelecido pela lei, por si, não configura a morosidade da justiça.

⁵⁰ GOMES, Conceição – **Os Atrasos da Justiça**. Lisboa: FFMS, 2011. Depósito Legal 329646/11. p. 11.

A morosidade judicial é um pressuposto para a configuração do desrespeito ao prazo razoável do processo, sendo aquela um vetor importantíssimo para que ocorra o ferimento da garantia fundamental à decisão ser tomada em um prazo razoável.

Neste sentido, a morosidade é caracterizada, como já dito, por uma ação humana, tanto do julgador, que não prolata as decisões, quanto dos funcionários administrativos, que têm como função a manutenção procedimental do processo, que injustificadamente não providencia o devido tramitar processual, configurando assim a morosidade judicial e consequentemente causando danos aos jurisdicionados.

Nessa perspectiva, devemos nos ater à análise dos prazos processuais, definindo-os, para melhor entendermos a aplicação efetiva do direito fundamental a uma justiça equitativa.

2 TUTELA JURISDICIONAL

Ao assumir o papel de garantidor da paz social, eliminando, assim, a figura da autotutela, o Estado tomou para si a solução dos conflitos de seus jurisdicionados, em caso de quaisquer transgressões à ordem jurídica. Em consequência, o Estado dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da “atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto”.

A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável desta provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, pois foi extraída de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das garantias comumente utilizadas⁵¹.

A função estatal acima descrita é denominada de tutela jurisdicional e tem o caráter de salvaguardar a ordem jurídica, distinguindo-se das demais soluções do Estado por seu caráter pético, ou seja, de imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir a “perfeição” da coisa julgada.

O Estado Juiz, por intermédio da jurisdição, é provocado pelo interessado através da ação, devendo ser instituídos métodos estritamente positivados para a composição do litígio com a participação ativa dos reais destinatários e, de forma passiva, o Estado, na figura do juiz, se transforma em verdadeiro arcabouço de equidade, disponibilizando as etapas em que cada parte exercerá sua função jurisdicional, com o fim de alcançar a tão almejada justiça⁵².

O direito à tutela jurisdicional apresenta natureza análoga à dos direitos fundamentais ou, segundo alguns, é mesmo um puro direito fundamental. Seguindo a linha de raciocínio de que a tutela jurisdicional faz parte dos direitos fundamentais, podemos dizer do direito à tutela jurisdicional como um direito-garantia, ou seja, como o direito a uma pluralidade de prestações, pelo fato de impor ao Estado o dever de promover as condições jurídicas e materiais efetivas do bem jurídico. O bem jurídico supramencionado é a tutela. É o resultado obtido pelo titular

⁵¹ FUX, Luiz – **Tutela Jurisdicional: finalidade e espécies** [Em linha]. Brasília: Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, 2002. [Consult. 29 mai. 2018]. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/informativo/article/view/397/356>. p. 153.

⁵² Luiz Fux, acrescenta: “Jurisdição, ação e processo são, assim, os monômios básicos da estrutura do fenômeno judicial.” (*Idem* – ***Ibidem***).

de uma situação juridicamente protegida, junto aos órgãos jurisdicionais, e necessário para a prossecução do bem jurídico. O resultado é algo que apenas pode ser aferido pela verificação do conteúdo material da situação juridicamente protegida⁵³.

A tutela jurisdicional, por ser um direito homeomorfo aos direitos fundamentais, comporta uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, conceitos que são dominantes na doutrina constitucional dos direitos fundamentais⁵⁴.

No que tange à dimensão subjetiva, o direito à tutela jurisdicional se caracteriza como um direito subjetivo de natureza pública, cujos titulares são todas as pessoas físicas e jurídicas, individuais e coletivas, de direito privado e de direito público, em que a tutela dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegido constitui a prestação ou objeto imediato desse direito. O Estado, no âmbito da sua função jurisdicional, através dos tribunais, é obrigado a essa prestação.

A dimensão objetiva, segundo Vieira de Andrade, abrange apenas “os conteúdos normativos a que não possam corresponder direitos individuais”⁵⁵. Nesta aceção, o direito à tutela jurisdicional é fonte de obrigações do Estado, desarmônico com os direitos subjetivos ou deveres não relacionais, resultantes tanto de expressa e direta determinação dos preceitos constitucionais quanto de uma irradiação normativa sobre toda a ordem jurídica das relações jurídicas verticais entre o Estado e os jurisdicionados, demarcadas pelos direitos subjetivos fundamentais dos particulares, ao nível abstrato do poder legislativo, ao nível concreto, na vinculação e numa formatação da atuação dos seus órgãos, agentes e funcionários, seja do poder executivo do Estado, seja do poder judicial⁵⁶.

A complexidade é uma característica intrínseca do direito à tutela jurisdicional, pois quando desdobrado em suas dimensões objetiva e subjetiva, mostra-nos uma gama de direitos fundamentais abalizados por princípios constitucionais e internacionais.

A Constituição portuguesa faz distinções terminológicas sobre a tutela jurisdicional referindo-se, nomeadamente no art. 20.º, aspectos diferentes como o acesso aos tribunais, a

⁵³ PINTO, Rui Carlos Gonçalves – **A Questão de Mérito na Tutela Cautelar**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2007. p. 70. Tese de Doutoramento em Direito.

⁵⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 71.

⁵⁵ Idem – **Ibidem**.

⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE *apud* PINTO, Rui Carlos Gonçalves **Op. Cit.** p. 74.

prazo razoável, a processo equitativo, a tutela efetiva. Neste mesmo sentido, a Constituição brasileira traz esses princípios em seu art. 5, XXXV, LV e LXXVIII⁵⁷.

A tutela jurisdicional tem que ser tratada, necessariamente de forma excepcional, pois foi ultrapassada a era da autotutela, na qual o uso indiscriminado da força era o pálio para a obtenção da satisfação pessoal, mesmo que de forma individual, sendo a regra a autocomposição dos litígios. Hoje, com a evolução cultural e a dinâmica econômica das relações, deve a sociedade estabelecer entendimentos para os diversos litígios apresentados no cotidiano.

Como dito alhures, tanto o ordenamento jurídico português quanto o ordenamento jurídico brasileiro, em suas constituições, como também em normas infraconstitucionais, deram merecido destaque para a tutela jurisdicional, devendo a análise ir mais além do conceito de tutela jurisdicional e buscar a correlação da tutela jurisdicional com a efetividade, trazendo à baila a tutela jurisdicional efetiva.

A efetividade jurisdicional advém do cumprimento de prazos, ou seja, os atos processuais devem ser realizados em tempo oportuno e na busca da redução dos processos litigiosos no judiciário, não pela linha de dificuldade de acesso à justiça, mas pela conscientização do indivíduo, retirando a cultura do litígio incutida na sociedade moderna.

O direito à tutela jurisdicional efetiva e à garantia do prazo razoável do processo tem destaque sob a perspectiva jurídica num contexto internacional, e, neste contexto, podemos considerar que o acesso à justiça, direito afirmado através da duração razoável do processo, está diretamente ligado à aceitação às tutelas de urgências.

De qualquer modo, devemos nos debruçar sobre a efetividade, pois não defendemos aqui apenas uma tutela jurisdicional célere, mas também efetiva, tendo em vista que a velocidade não pressupõe a realização de justiça. Por isso, devemos nos ater à terminologia da duração razoável do processo. Necessitamos compreender a efetividade num contexto mais amplo, pois a efetividade judicial se dá através de instrumentos processuais que, colocados de forma escoreita, terão como resultado a aplicação da verdadeira justiça.

⁵⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A efetividade jurisdicional deve fazer parte da pauta acadêmica para o estabelecimento de fatores que irão proporcionar o verdadeiro sentido de justiça, sendo dado o devido valor à efetividade no processo judicial.

Como menciona Ricardo Pedro, “A efetividade, por regra, só se revela e, por consequência, só é tratada quando se dá conta da sua falta”⁵⁸. De forma irreprochável, o professor conseguiu coadunar o sentimento da necessidade de posicionamento sólido sobre a importância da efetividade.

Neste diapasão, podemos mencionar a importância que o legislador português deu à eficácia processual, tendo mencionado na exposição de motivos do Código de Processo Civil a necessidade de obtenção de resultados adequados e de uma justiça cível mais eficaz. Noutra passagem, menciona o legislador que a celeridade processual é indispensável à legitimação dos tribunais perante a comunidade, é instrumento indispensável à realização de uma das fundamentais dimensões do direito fundamental ao acesso à justiça⁵⁹.

Assim, o legislador não se preocupou apenas com a exposição de motivos da normatização processual, mas também materializou no corpo da legislação processual, no artigo 2.º, 1 na Lei 41/2013 do Código de Processo Civil Português⁶⁰, concedendo importância tamanha para a duração razoável do processo, e assim perseguindo uma justiça verdadeiramente efetiva.

No ordenamento processual brasileiro, mais precisamente na Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil Brasileiro, foram dispensados alguns artigos ao tema da duração razoável do processo e sua efetividade. Como podemos observar nos artigos 4.º e 6.º⁶¹, que versam sobre a cooperação das partes processuais para a duração razoável do processo e sua efetividade, perseguindo uma decisão meritória justa.

A preocupação sobre a efetividade processual, com sua consequente duração razoável, não encontra barreiras nas fronteiras nacionais, e tem expedientes perante a sociedade

⁵⁸ PEDRO, Ricardo – **Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s)**. in XVIII SEMINÁRIO DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA, QUE TEVE LUGAR DIAS 31 DE JUNHO E 1 DE JULHO DE 2017. p. 4.

⁵⁹ MESQUITA, Miguel – **Código de Processo Civil**. 15.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 94.

⁶⁰ Art. 2.º - Garantia de acesso aos tribunais.

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

⁶¹ Art. 4.º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

internacional, através das cortes jurisdicionais internacionais, com o objetivo precípua de defesa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Podemos observar que a Convenção Europeia de Direitos do Homem traz em seu texto regulamentador o artigo 6.º, parágrafo 1º, que versa sobre o direito a um processo equitativo, devendo este direito ser entendido de forma mais complexa, não podendo se pautar apenas na discussão da prolação de uma decisão em prazo razoável, e sim no direito ao acesso à justiça em seu âmbito completo.

Nas palavras de Isabel Celeste M. Fonseca, “O direito ao processo efectivo e temporalmente justo revela-se como uma das dimensões preeminentes do direito ao processo equitativo, previsto na CEDH.”⁶². Continua a autora:

A garantia a tutela jurisdicional efectiva só vem a adquirir uma dignidade constitucional europeia mais recentemente, quando o tribunal de justiça da comunidade europeia o passou a associar ao direito de os cidadãos europeus obterem a proteção jurisdicional plena e efectiva das suas pretensões jurídicas subjetivas, conferidas aos cidadãos pelo direito comunitário. É sobretudo neste momento que se vai evidenciando um regime jurídico europeu de tutela jurisdicional da urgência.⁶³

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, norma internacional oriunda da Organização das Nações Unidas da qual Brasil e Portugal fazem parte, traz em seu artigo 8.º⁶⁴ o dever dos tribunais internos de cada Estado a uma jurisdição efetiva, no seu aspecto mais amplo.

A Declaração Americana de Direitos Humanos também contempla as garantias judiciais, esculpindo a garantia de acesso aos tribunais locais, sendo prestada esta jurisdição pelo prazo razoável do processo, entregando ao jurisdicionado uma tutela efetiva, nos termos do artigo 8.º, 1⁶⁵.

⁶² FONSECA, Isabel Celeste M. – **Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa**. Coimbra: Coimbra editora, 2009. ISBN 978-972-32-1690-5. p. 236.

⁶³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 237.

⁶⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo 8: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

⁶⁵ Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A tutela jurisdicional é tratada como direito fundamental do indivíduo, merecendo atenção a efetivação dessa tutela, tendo em vista ser o instrumento de defesa frente à arbitrariedade e às ilicitudes cometidas, e vedação, em regra, da autotutela.

2.1 Direito à efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental

Precipuamente, é necessário o estabelecimento conceitual de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estão diretamente relacionados à sua natureza de grande importância, que é encontrada nos sentidos material e formal.

O sentido material dos direitos fundamentais traz em sua essência a importante instrumento de defesa do cidadão, repercutindo diretamente no desenvolver social. Salienta-se que os direitos e garantias fundamentais não estão expressos apenas na legislação interna de cada Estado, pois também são encontrados em normas internacionais, cuja titulação ganha outra nomenclatura, qual seja, direitos humanos.

Através da ideia da essencialidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, percebe-se que muito embora as legislações contemporâneas tenham aderido à normativa fundamental dos direitos, mesmo que não formalizados na normatização interna do Estado, o direito e as garantias fundamentais são obrigatoriamente reconhecidos pelos Estados, por intermédio das normas internacionais que possuem caráter imperativo. Já o sentido formal está diretamente vinculado ao sistema positivado, ou seja, a norma traz expressamente os direitos ditos essenciais, conferindo dignidade ao cidadão, nos atos civis e sociais, ficando claro que os direitos e garantias fundamentais devem ser editados e aplicados de forma imediata.

Luiz Guilherme Marinoni ensina:

As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Nesse sentido, é possível dizermos que tais normas implicam uma valoração de ordem objetiva⁶⁶.

Continua o autor:

A norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme – **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** [Em linha]. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2012. [Consult. 05 Mai. 2018]. p. 3.

objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante⁶⁷.

É necessária a atribuição da dupla dimensão aos direitos fundamentais: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. Como ensina Vieira de Andrade:

As normas que estabelecem direitos fundamentais podem ser subjetivadas; não estão diretamente relacionadas somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins⁶⁸.

A dimensão objetiva tem como pressuposto essencial estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos *Ausstrahlungswirkung* sobre toda a ordem jurídica⁶⁹.

A norma de direito fundamental, ao instituir valor e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Nessa última perspectiva, é possível pensarmos na eficácia dos direitos fundamentais diante das relações entre os particulares⁷⁰.

Os direitos e garantias fundamentais, em seus aspectos subjetivos e objetivos, em efetiva relação entre o poder público e os jurisdicionados, configuram a eficácia vertical. Já no que diz respeito às relações entre particulares, configura-se a eficácia horizontal.

Com efeito, quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, nos referimos à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o poder público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Existe eficácia vertical na vinculação do legislador e do juiz. Há eficácia horizontal, também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros”, nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme – **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** [Em linha]. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2012. [Consult. 05 Mai. 2018]. p. 3.

⁶⁸ VIERA DE ANDRADE *apud* MARINONI, Luiz Guilherme – **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** [Em linha]. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2012. [Consult. 05 Mai. 2018]. p. 3.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira – **Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 209.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-2106-5. p. 590.

particulares, na hipótese de poder econômico social, também existe relação de natureza vertical⁷¹.

As ordens jurídicas portuguesa e brasileira, conjuminadas com a ordem internacional, trazem, aos seus jurisdicionados, o direito ao acesso à justiça, destacando a efetividade. É cediço afirmarmos a importância do acesso à justiça efetiva para a configuração e estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Sobre a entrega efetiva da jurisdição, o professor Luiz Guilherme Marinoni leciona:

O direito ao provimento jurisdicional do Estado deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Noutro ponto, quando se pensa no direito à efetividade em sentido amplo, a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, sempre que possível, preventiva. Antigamente se questionava sobre a existência de direito constitucional na tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao poder judiciário não incluía o direito à “liminar”, desde que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz. Atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça ao direito” na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito. Contemporaneamente, o direito à tutela preventiva faz parte da própria estrutura da norma, que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição preventiva do ilícito.⁷²

Diante da natureza de algumas situações de direito substancial, se o processo não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória preventiva àquele que a ela tem direito, certamente negará o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Neste toar, o direito a efetividade não só tem a ver com a tempestividade, mas tem como instrumento a tutela antecipatória, com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz.

Com o exposto, afirma-se que a tutela jurisdicional preventiva efetiva está elencada ao patamar de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, bem como em diversas normas sobre direitos humanos. A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, a partir das necessidades do pleito autoral.

O direito a uma prestação jurisdicional efetiva não poderia deixar de figurar como direito fundamental, uma vez que se trata de decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme – **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** [Em linha]. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 2012. [Consult. 05 Mai. 2018]. p. 3.

⁷² *Idem* – *Ibidem*.

2.2 Tutelas provisórias: tutela de urgência e ou procedimento cautelar

No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar os ditames legais rígidos, mas de prestar a tutela adequada e efetiva ao direito material em litígio.

Nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída à apreciação do poder judiciário, tendo em vista a característica do Estado de chamar para si a responsabilidade de tutelar tais direitos.

A supressão dos conflitos sociais consiste na prestação jurisdicional, pouco importando que o provimento judicial seja favorável à pretensão do autor ou à resistência do réu. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, no conflito, se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica.

Tutelar os direitos, portanto, é a função da justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela. Uma coisa, porém, é a tutela, e outra é a técnica de que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a tutela adequada⁷³.

Para uma efetividade processual exemplar, precisamos nos debruçar sobre a necessidade de evitar a demora processual desmotivada, pois com sua incidência o processo no seu âmbito principal se torna inútil.

Assim, a tutela principal corresponde ao provimento que compõe o conflito de direito material de modo exauriente e definitivo. Isto pode acontecer mediante provimento de acerto ou definição, ou por meio de atividade executiva que incida sobre o plano fático, para pôr as coisas em estado coincidente com o direito reconhecido à parte cuja situação de vantagem já se encontra juridicamente certificada. Nesse sentido, fala-se em tutela de conhecimento e tutela de execução.

Porém, há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, as quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional.

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. 56.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. ISBN 978-85-309-6068-1. p. 57.

Estabelece-se uma situação injusta, em que a demora do processo se reverte em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se técnicas de simplificação para que o custo da duração do processo seja mais bem distribuído e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça.

Neste diapasão surgem as tutelas diferenciadas, comparativamente às tutelas comuns. Enquanto as comuns, em suas diferentes faces, caracterizam-se sempre pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de regulação provisória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes.

O manejo dessas técnicas redunda nas tradicionais medidas cautelares, que se limitam a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação final, na justa composição do litígio. Por isso, se qualificam tais medidas como conservativas. Dessas técnicas também podem surgir provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais do direito disputado em juízo, motivo pelo qual as medidas provisórias que ostentam tal característica são denominadas de medidas satisfativas⁷⁴.

Tutela provisória é aquela que antecipa provisoriamente o provimento jurisdicional, visando adiantar os efeitos da decisão final no processo ou assegurar o seu resultado prático. A tutela provisória pode ser dividida em cautelar ou antecipada, se distinguindo apenas pelo momento de sua apresentação, aquela ocorre antes mesmo da propositura da ação principal, e essa no decorrer da ação.

Legalmente e doutrinariamente, exige-se três requisitos para a concessão da antecipação da tutela: a probabilidade do direito substancial, o chamado *fumus boni iuris*, o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo, chamado de *periculum in mora*, e a possibilidade de reversibilidade da decisão. Se a urgência é muito acentuada, com perigo de dano ao direito substancial ou risco de resultado útil do processo, a exigência quanto à probabilidade diminui.

A tutela de urgência deverá ser prontamente apreciada e, assim, a ação do juiz para que tome a decisão mais adequada, deferindo ou indeferindo o pedido antecipatório. A competência para a realização de tal pedido é, em regra, de quem pleiteia o reconhecimento de algum direito material. Como regra geral, é o autor quem pleiteia a tutela provisória, mas também o réu na reconvenção ou nas ações dúplices poderá ser o requerente de tal pleito. O manejo da tutela provisória poderá correr em qualquer tempo ou, em regra, em qualquer procedimento judicial,

⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. 56.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. ISBN 978-85-309-6068-1. p. 57.

enquanto for útil e o perigo na demora for iminente, desde que cumpridos os requisitos legais e ou doutrinários.

É inequívoco que antecipação da tutela é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou na verossimilhança ou na evidência, razão pela qual nasce a natureza provisória do instituto, ressaltando que pode ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada.

Por fim, é imperioso afirmarmos que sua finalidade é, ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, ou a adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final, ou ainda redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente.

2.3 Principais Características da Tutela de Provisória de Urgência e/ou Procedimento Cautelar no Brasil e em Portugal

No ordenamento jurídico brasileiro, a figura da urgência na entrega jurisdicional, para que seja deferida, deverá apresentar requisitos básicos, como: probabilidade do direito pretendido, demonstrado com o mínimo de prova que o caracterize, bem com o perigo de dano e risco do resultado útil do processo pelo perecimento do direito, devido ao decurso de tempo, ficando clara a intenção do legislador de buscar a efetividade processual.

Consagrada pela doutrina brasileira, a expressão tutela de urgência serve como um gênero no qual se inserem a tutela antecipada que, de certo modo, podemos afirmar que é uma tutela pré-satisfativa e a tutela cautelar.

Parte da doutrina brasileira entende que o legislador se equivocou e não vislumbrou a verdadeira natureza da tutela de urgência, tratando de uma técnica processual servindo para viabilizar a prolação de uma decisão provisória, capaz de conceder uma espécie de satisfação jurisdicional fundada em cognição sumária.

Toda e qualquer providência capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipada. Vale dizermos que o pedido de tutela de urgência satisfativa ou cautelar não está limitado à proteção de apenas determinadas situações substanciais. A atipicidade da tutela de urgência, como da tutela jurisdicional em geral, está ligada à necessidade de se oferecer a cobertura mais completa possível às situações substanciais carentes de proteção⁷⁵.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520367612. p. 394.

É dever do juiz agir como ente julgador, e este está autorizado pelos comandos legislativos a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado na formação probatória inicial, sem que tenham sido colhidas todas as provas para a demonstração dos fatos alegados, fundamentando apenas no conceito de probabilidade do direito.

A probabilidade do direito possibilita o emprego da antecipação da tutela para resguardar direitos fundamentais, e decorre da lógica entre as alegações e as provas até então carreadas nos autos, sendo mensurada a probabilidade maior de confirmação. O juiz precisa identificar probabilidade do direito do jurisdicionado que pleiteia a tutela de urgência, e com isso se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.

Como já dito, para a caracterização da urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória antecipada, é necessária a demonstração do perigo de dano e risco ao resultado útil do processo. Falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada. A tutela provisória não tem por finalidade proteger o processo, mas tutelar o direito material diante de um dano irreparável ou de difícil reparação.

Para caracterizar a urgência faz-se necessário atentarmos ao conceito de *periculum in mora*. Esse termo traduz-se como perigo na demora, ou seja, tem-se o receio de que a demora na decisão judicial cause um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado.

Para a conformação do *periculum in mora* é forçosa a demonstração de existência ou da possibilidade de ocorrer um dano ao direito do jurisdicionado na obtenção de uma tutela jurisdicional eficaz. Outro requisito necessário para o deferimento da tutela urgente antecipatória é o *fumus boni iuris*, cuja definição é traduzida como fumaça do bom direito, pois para sua caracterização é necessária a demonstração de um sinal ou indício de que o direito pleiteado de fato existe. Não há, neste caso, a obrigação de demonstrar a existência plena do direito, contentando-se apenas com a mera conjectura de verossimilhança.

A tutela de urgência demonstra sua importância quando não é possível esperar o provimento final, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de o dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora. Há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.

A antecipação de tutela jurisdicional, aquela pretendida ao final do procedimento contencioso, se destaca por ser uma ferramenta de extrema importância diante de um contexto

de efetividade processual. Observamos, assim, que a existência e a incidência da tutela antecipatória, ao mesmo tempo em que não ferem princípios internacionais sobre o direito processual, como os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concedem ao jurisdicionado a efetividade transfigurada em proteção do direito material pleiteado.

No ordenamento jurídico português há a importante diferenciação entre tutela cautelar conservatória e tutela cautelar antecipatória, sendo neste momento do estudo necessária a diferenciação de ambas. A tutela cautelar conservatória se demonstra na possibilidade de inutilidade da decisão final pela possibilidade de alteração da situação que está na base da concessão da tutela definitiva requerida, ou seja, a tutela jurisdicional só será eficaz se ao final da demanda principal se mantiver o estado de coisas existentes. Assim, se este se alterar, a decisão final deixa de encontrar espaço útil de aplicação, pois já nada poderá realizar⁷⁶.

Como ensina Calamandrei, existe na situação de tutela cautelar conservatória um perigo de infrutuosidade, por alteração das circunstâncias necessárias à eficácia da tutela concedida ao final⁷⁷.

O papel da tutela cautelar conservatória é o de manter, conservar a situação de fato consubstanciada pelo direito, para que o provimento final do processo não fique exaurido e torne a tutela inefetiva. A tutela cautelar pretende ser uma resposta à tentativa de minimização das limitações do processo, tendo em vista que a maior limitação do processo é o tempo, e este, mau gerido, causa graves danos aos jurisdicionados.

Fica ressalvado, como dito nas linhas anteriores, que como regra geral o processo precisa de tempo para ser julgado, respeitando o princípio da duração razoável do processo. No entanto, em alguns casos há necessidade de deixar de observar a duração razoável do processo e tutelar as demandas urgentes que coloquem em risco não só o escorreito procedimento processual, mas também o direito pleiteado pelo litigante. Neste sentido, não basta que o Estado assegure aos cidadãos o direito de acesso à justiça para o julgamento de suas pretensões. É necessário ir mais longe e assegurar que esse processo dê as garantias de que o direito violado será repostado, não apenas em nível jurídico, mas também em nível da realidade prática⁷⁸.

⁷⁶ FARIA, Rita Lynce de – **A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405116. p. 76.

⁷⁷ CALAMANDREI *apud* FARIA, Rita Lynce de – *Ibidem*.

⁷⁸ FARIA, Rita Lynce de – *Op. Cit.* p. 48.

Em sentido diametralmente oposto, a tutela cautelar antecipatória atende a necessidade de antecipação dos efeitos decisórios finais. Bastará a não obtenção da tutela jurisdicional urgente para que, independentemente de qualquer alteração de circunstâncias, se torne o direito ineficaz e este permaneça definitivamente desprovido de tutela.

Neste caso, a tutela pleiteada é de natureza urgente, devendo o julgador se manifestar prontamente, pois sua efetivação se dá com o adiantamento dos efeitos da sentença, mesmo que de forma provisória, podendo ser alterado em qualquer tempo do processo.

Calamandrei define que a antecipação da tutela funciona através de uma espécie de antecipação de tutela judicial, acabando por conceder ao requerente, mais cedo do que o previsto, a tutela equivalente à que ele obterá com a sentença da ação principal⁷⁹.

A tutela cautelar antecipatória, de forma simplista e esboçada, define-se como uma técnica processual que se traduz, na prática de um ato, num momento processual anterior àquele que estava previsto para o efeito. Neste toar, enquanto as medidas cautelares conservatórias mantêm o estado inicial existente, as medidas cautelares antecipatórias procuram alterá-lo no sentido equivalente ao da sentença futura, satisfatória do direito do requerente⁸⁰.

É cediço afirmarmos que para o deferimento da tutela cautelar é necessário o preenchimento de requisitos básicos, quais sejam: probabilidade séria da existência do direito invocado; fundado receio de que outrem, antes da ação ser proposta ou “na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável” a tal direito; adequação da providência à situação de lesão iminente e a não existência específica que acautele aquela situação de perigo⁸¹. Tais medidas são regulamentadas pelo Código de Processo Civil português, em seu artigo 362⁸², que de forma didática traz os requisitos essenciais para a concessão de tais medidas.

Como ensina Abrantes Geraldês, as providências decretadas nas tutelas cautelares antecipatórias não se limitam a assegurar o direito que se discute na ação principal, tampouco

⁷⁹ CALAMANDREI *apud* FARIA, Rita Lynce de – **A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405116. p. 77.

⁸⁰ *Idem* – **Ibidem**.

⁸¹ GERALDES, António Santos Abrantes – **Temas de Reforma do Processo Civil**. III Volume. 4.^a ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-4109-4. p. 99.

⁸² Código de Processo Civil Português – artigo 362º - Âmbito das providências cautelares não especificadas. 1 - Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado. 2 - O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor. 3 - Não são aplicáveis as providências referidas no n.º 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo seguinte. 4 - Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado.

a suspender determinada atuação, garantindo-se, desde logo, e independentemente do resultado a alcançar na ação principal, um determinado efeito que acaba sempre por ter caráter definitivo⁸³.

⁸³ GERALDES, Antônio Santos Abrantes – **Temas de Reforma do Processo Civil**. III Volume. 4.^a ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-4109-4. p. 115.

3 O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

3.1 Aspectos gerais

Com a imposição do Estado de atrair para si o dever de tutelar os interesses da sociedade, vedando a autotutela, devemos identificar o principal instrumento para o regular exercício desta tutela, deixando bem sedimentado o papel do juiz sob o enfoque comparativo de sua atuação perante o Estado, através do poder judiciário.

O juiz é tido como importante instrumento destinado ao cumprimento dos deveres estatais no que se refere à tutela jurisdicional, representando os legítimos anseios da sociedade frente a uma súplica por justiça, o que reforça a consciência de que deve atuar sempre de forma a buscar a justiça, se olvidando a qualquer interesse ou convicção particular e privada.

Em decorrência do imperativo de racionalidade na organização e distribuição de encargos e na consecução dos objetivos do Estado, atendendo-se ao almejado equilíbrio político entre os poderes constituídos, convencionou-se que a específica função de pacificar conflitos e de impor as suas decisões seria conferida ao poder judiciário, através de seus membros regularmente investidos no cargo, em observância ao modelo de composição adotado pela nação, o que vem a conferir a necessária legitimidade no regime democrático de direito. Indubitavelmente, sob o aspecto político, a presença do juiz diante do Estado que representa, como integrante de um dos poderes, é sinônimo de garantia de independência dos cidadãos⁸⁴.

Ressalta-se que através da jurisdição o juiz exerce seu papel preponderante por meio dos instrumentos de realização da função jurisdicional, se desincumbindo de realizar os atos considerados típicos do poder judiciário.

O juiz, no regular exercício de sua função jurisdicional, não está resumido apenas a emissões automáticas de declarações de direito em determinados casos concretos. Como leciona Luiz Guilherme Marinoni,

(...) dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, por meio da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o

⁸⁴ NAGAO, Paulo Issamu – **O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. p. 48. Tese de Doutorado em Direito.

dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.⁸⁵

Há verdadeira confluência entre as funções legislativa e jurisdicional, vez que se desdobra a firme tendência de elaboração de normas de textura aberta a conferir maior responsabilidade e poder ao juiz na perscrutação de valores captados a partir do caso concreto em sintonia com o ordenamento jurídico como um todo, sobretudo de acordo com os ditames constitucionais⁸⁶.

É necessário que a busca da efetividade jurisdicional não se pautar apenas no papel do juiz ao prolatar uma sentença, declarando o direito ou criando norma individual, exigindo que, para a compreensão do significado de efetiva prestação jurisdicional, haja o aglutinamento de vários fatores ao conceito de efetividade jurisdicional.

3.2 As competências jurisdicionais do juiz

Quando tratamos de efetividade jurisdicional sempre pensamos no funcionamento dos tribunais como um todo, mas, para melhor entendimento do funcionamento e dos limites operacionais existentes, é necessário darmos atenção ao funcionamento dos tribunais de forma individualizada, observando seus membros, suas funções e competências.

O foco voltado para a efetivação jurisdicional que é proporcionada pelo funcionamento dos tribunais faz parte do processo de consolidação do sistema democrático, ainda que a sua fraca prestação perante as crescentes solicitações, quer em quantidade quer em qualidade, realce a sua grande debilidade e incapacidade na defesa dos direitos dos cidadãos, na resolução dos conflitos e na fiscalização da legalidade democrática.

Nesse toar, João Paulo Dias ensina que existem quatro aspectos norteadores que corroboram tal ineficiência: 1) a mediação da justiça, onde o julgamento tem como parte pessoas de reconhecimento social, sendo tais processos abordados pela mídia de forma vazia e rasa, formando opiniões pouco técnicas e deixando o julgamento tendencioso; 2) as deficiências ou limitações do sistema jurisdicional, que impedem a verdadeira democratização da justiça com referência a problemas como a morosidade, a falta de meios humanos e materiais; 3) o

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme – **A Jurisdição no Estado Constitucional** [Em linha]. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, [sd]. [Consult. 29 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.pdf> p. 66.

⁸⁶ *Idem* – **Ibidem**.

difícil acesso efetivo aos tribunais pelos cidadãos, as deficientes infraestruturas dos tribunais, a falta de informatização judicial e/ou, noutro âmbito, a crescente complexidade do nosso sistema legal; por fim, 4) as notícias que se referem ao atual clima de conflitos de egos entre os membros e operadores do judiciários, sejam eles juízes, membros do Ministério Público e advogados, sem excluir os responsáveis políticos na área da justiça ou os protagonistas da investigação criminal, em especial os agentes da polícia judiciária⁸⁷.

A efetiva entrega jurisdicional ao indivíduo se dá através do esmerado desempenho dos juízes que, através dos poderes concedidos pela investidura do cargo e pela imposição de deveres, se materializam nos mandamentos constitucionais que lhe foram outorgados.

Na condição de órgão da jurisdição e delegado do Estado no exercício da função jurisdicional, o juiz exerce funções específicas do Estado, o que exige dele uma conduta distinta nos âmbitos pessoal, social e profissional. Entre os sujeitos da relação processual o juiz é a figura proeminente do processo, de modo que se espera dele uma atuação serena, imparcial e justa, porém firme e atenta na condução e no desfecho da causa, bem como no cumprimento de suas decisões. Assim, para a realização de extensas e variadas atividades, aglutinam-se-lhe os correspondentes poderes e deveres⁸⁸.

A relação do juiz frente ao processo se demonstra de forma imparcial, ficando atribuído apenas os poderes-deveres baseados no próprio substrato essencial da atividade desenvolvida pelo Estado, caracterizando-se pelo exercício de autoridade, personificado pelo juiz na condução do processo, na prolação de decisões e na imposição de medidas necessárias ao seu cumprimento. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco,

O juiz não dispõe de faculdade e nem tampouco de ônus processuais, porquanto entendimento contrário o levaria a inseri-lo no processo como simples gestor “de seus próprios interesses”, de forma que “todos os *poderes* que a lei lhe outorga são acompanhados do *dever* de exercê-los”.⁸⁹

Dentro dessa perspectiva, compete ao juiz perpetrar todos os procedimentos imprescindíveis ao cumprimento de sua obrigação de oferecer a prestação jurisdicional

⁸⁷ DIAS, João Paulo – **As faces ocultas dos “poderes” dos magistrados: Práticas, corporativismos e resistências** [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, [sd]. [Consult. 29 Mai. 2018]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/32706/1/As%20faces%20ocultas%20dos%20poderes%20dos%20magistrados.pdf>. p. 2.

⁸⁸ SANTOS, Moacyr Amaral – **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 331.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel – **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 9.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. ISBN 978-85-392-0382-6. p. 213.

adequada e o correto funcionamento do serviço da justiça, de acordo com o ordenamento jurídico e os princípios constitucionais e internacionais aplicáveis.

Os poderes e deveres do juiz englobam os poderes meios, também chamados de instrumentais, para a realização dos desígnios da jurisdição. De acordo com Salvatore Satta,

(...) os poderes do juiz são concebidos em dois sentidos: poderes jurisdicionais e poderes processuais, sendo que os primeiros se identificariam com a função, aproximando-se da noção de jurisdição, como poder de declarar e realizar coativamente o direito no caso concreto (poder-fim), sendo que os últimos seriam, por excelência, poder-meio, instrumentos que a lei confia ao juiz para o exercício da função jurisdicional. E tais poderes processuais poderiam ser vistos de dois ângulos: do ponto de vista da direção e do desenvolvimento do processo e, de outro lado, mais substancial, das relações entre o poder do juiz e das partes.⁹⁰

Como nos ensina Moacyr Amaral Santos, podemos dizer de três poderes compreendidos na jurisdição: o poder de decisão, relacionado ao *notio* e ao *iudicio* dos romanos, que se funda no poder de reunir, conhecer e avaliar as provas a fim de elaborar a respectiva decisão; o poder de coerção, que se manifesta na execução, quando se tenciona a compelir o vencido ao cumprimento da decisão, bem como nos processos de conhecimento e cautelares, quando expede diversas ordens, como a notificação de partes ou testemunhas; e o poder de documentação, decorrente da necessidade de se registrar por escrito os atos processuais⁹¹.

No que tange à natureza da decisão, na esfera dos poderes jurisdicionais, estes se dividem em duas espécies: os compreendidos na condução do processo, atos não decisórios, que são pronunciamentos em que não há resolução de questão ou controvérsia; e os outros voltados na solução da causa, atos decisórios que resultam de um juízo ou resolução a respeito de controvérsia, questão, ou ainda sobre o meio e modo de ordenar o procedimento ⁹².

Como dito nas linhas acima, o juiz é o responsável pelo salutar desenvolvimento da relação processual, seguindo todo o procedimento. Tal responsabilidade nasce dos poderes jurisdicionais reservados ao juiz, permitindo que sejam catalogados em atos ordinatórios ou instrumentais, aqueles voltados ao andamento do processo, de todos os tipos: instrutórios, destinados à colheita da prova, característicos dos processos de conhecimento e os finais ou

⁹⁰ Salvatore Satta *apud* NAGAO, Paulo Issamu – **O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. p. 66. Tese de Doutorado em Direito.

⁹¹ SANTOS, Moacyr do Amaral – **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3, São Paulo: Editora Saraiva, 1990.p. 71.

⁹² MARQUES, José Frederico – **Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. Volume I. 2.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1974. p. 426.

decisórios finais, que se dividem em decisórios, aqueles proferidos nos processos de qualquer tipo, e os satisfatórios ou executivos, exercidos no processo de execução.

Podemos observar que os poderes exercidos pelo juiz nas fases instrutória e decisória têm maior destaque no que diz respeito ao processo em seu sentido amplo, tendo em vista que, ao realizá-los, deverão ser observados de maneira mais contundente os princípios da celeridade e razoabilidade na duração e segurança jurídica.

Na função jurisdicional, resguardando os poderes-deveres processuais de direção a fim de acautelar todo o ato contrário ao dever de probidade e lealdade diante de verdadeiro abuso processual, vangloriando sempre a efetividade jurisdicional, é exigida do julgador a capacidade de realizar escolhas valorativas na implementação de tal efetividade.

Os poderes jurisdicionais são aqueles que se destacam no contexto da atividade judicial devido ao seu grau de importância, ficando demonstrada a face mais sólida do desempenho do poder judiciário perante seus jurisdicionados, com tal imagem transmitida e captada por toda sociedade. Assim, parece certo afirmarmos que tais poderes jurisdicionais estão umbilicalmente ligados à atividade-fim do juiz. Como lecionam Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco:

é uma questão de política legislativa concedê-los em maior ou menor quantidade e intensidade; caracteriza-se o processo inquisitivo pelo aumento dos poderes do juiz; caracteriza-se o processo de ação, ou acusatório, pelo equilíbrio do poder do juiz com a necessidade de provocação das partes e acréscimo dos poderes destas.⁹³

O correto desempenho do juiz no processo é essencial para que seja atingida a tão almejada efetividade jurisdicional, utilizando-se de forma adequada as normas procedimentais. É imprescindível afirmarmos que o direito fundamental à tutela jurisdicional se reflete sobre o irreprochável desempenho do juiz.

O juiz, responsável pelo caso em julgamento, desempenha papel de extrema importância devido à sua imparcialidade, pois é a única parte processual que pode enxergar a causa posta perante sua jurisdição com total independência, sem quaisquer influências que supostamente maculariam seu juízo racional.

A legitimidade dos magistrados passa, então, por uma nova fase, adquirindo uma importância jamais vista, relacionando-se tanto com os mecanismos de recrutamento e formação quanto com o seu desempenho profissional. A sua legitimidade também depende da

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN 978-85-392-0000-9. p. 85.

forma como o poder judicial se relaciona com os outros poderes políticos, não de uma forma institucional, mas através dos conhecimentos pessoais⁹⁴.

O papel que o juiz exerce, apesar de não ser o protagonista processual, é muito importante, pois ele centra os esforços para o estabelecimento de justiça para os casos ali postos sem pender para qualquer lado combatente, buscando a correta aplicação da lei. Nesse diapasão, temos de nos atentar para o fato de que o juiz, com a função precípua de estabelecimento da justiça equânime, possui prerrogativas funcionais para que sua função seja exercida de forma independente e autônoma, sem quaisquer grilhões que o prendam e o forcem a tomar alguma decisão teratológica ou absurda. No entanto, suas obrigações transcendem qualquer prerrogativa concedida devido à importância de sua função.

As obrigações impostas ao julgador transpassam pela aplicação da norma positivada, bem como por princípios internacionais e constitucionais, que servem de base para a construção de uma decisão justa, trazendo o não favorecimento de quaisquer das partes e sim da melhor resolução do litígio, estabelecendo a justiça para as partes envolvidas.

Neste sentido, o dever imposto ao juiz consiste em proporcionar o acesso à justiça, com o julgamento dos anseios das partes de forma escoreita e límpida, para que seja garantida a aplicação da norma e estabelecido o julgamento justo, perpetrando um acesso efetivo à justiça.

Dentro dos principais papéis do juiz, encontra-se, frente a demandas processuais, garantir a consolidação das normas legais, bem como os princípios de direito, de forma efetiva, sem que haja perda de qualquer interesse processual, devido à falência institucional jurisdicional, pelo fato da demora da entrega do direito.

O jurisdicionado, quando se depara com a sensação de ferimento ao seu direito devido ao princípio da boa-fé, deve percorrer as esferas administrativas para a devida solução do problema. Caso não obtenha sucesso, se vê obrigado a lançar mão da tutela jurisdicional para ver seus direitos resguardados, e aí entra o papel do juiz no processo, para resguardar a justiça.

Os atos jurisdicionais não se resumem, como já dito, apenas ao julgamento final do caso, exercendo a jurisdição em sua totalidade e definitividade, podendo existir, frente a casos urgentes, a necessidade de antecipar os efeitos da tutela final, e assim conceder parcial ou totalmente os efeitos de forma antecipada e provisória.

⁹⁴ DIAS, João Paulo – **As faces ocultas dos “poderes” dos magistrados: Práticas, corporativismos e resistências**. [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, [sd]. [Consult. 29 Mai. 2018]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/32706/1/As%20faces%20ocultas%20dos%20poderes%20dos%20magistrado%20s.pdf>. p. 4.

É certo que a função jurisdicional de antecipação de tutela, frente aos casos urgentes, se demonstra de extrema importância, pois resguarda o resultado útil do processo, preservando direitos que pelo passar do tempo poderiam se esvaír, vindo à tona o estabelecimento de injustiça. O fato de o juiz deferir ou indeferir o pleito antecipatório não é o objeto da presente investigação, pois nesses casos os ordenamentos jurídicos brasileiro e português regulam tais situações com a existência de recursos. O caso a ser investigado é a ausência de decisão, ou seja, na omissão do juiz, frente aos casos urgentes com pedido de antecipação de tutela, para resguardar o direito pleiteado.

3.3 Órgãos e instrumentos fiscalizadores e correccionais dos juízes

Os juízes, apesar de suas prerrogativas e independência para o exercício autônomo de suas funções, estão subordinados aos ditames legais, e por isso têm órgãos fiscalizatórios e correccionais que regulam sua atuação jurisdicional. Tais órgãos têm como característica principal a regulação do papel do juiz, sendo o contrapeso a independência e autonomia do julgador, preservando nele sua autonomia jurisdicional.

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico português existem normas positivadas que concedem aos magistrados a tão importante independência para um julgamento de forma irreprochável e justa. O ordenamento jurídico brasileiro, em sua Constituição Federal de 1988, prevê em capítulo específico a organização do poder judiciário, trazendo também em seu artigo 93⁹⁵, que regula a necessidade de edição de lei complementar,

⁹⁵ BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e) 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; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III- o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV- previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V- o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

VII- o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII- o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII-A a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas *a*, *b*, *c* e *e* do inciso II; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, para a concretização do estatuto da magistratura, o qual traz uma norma de eficácia contida, contendo apenas os princípios balizares para a organização da magistratura, funções, prerrogativas e obrigações.

A legislação complementar, mencionada na Constituição Federal do Brasil, se deu pela recepção da Lei Complementar n.º 35 de 14 de março de 1979, que traz a regulamentação necessária para as atribuições do magistrado. Neste diapasão, a referida Lei Complementar, no título da disciplina judiciária, capítulo dos deveres do magistrado, traz em seu artigo 35 ⁹⁶ os deveres do magistrado em cumprir com independência e exatidão seus atos, bem como a vedação do incumprimento injustificado dos prazos para decidir. Com a recepção dessa lei ficaram estabelecidos não apenas os direitos dos magistrados, como também seus deveres, e dentre eles o dever de proferir uma decisão em prazo razoável, não podendo ser estes excedidos.

Para que os mandamentos da legislação brasileira sejam cumpridos é necessária a existência de órgão regulatório, para que os atos dos magistrados sejam observados e consequentemente regulados, buscando sempre a efetivação da jurisdição. A distribuição dos órgãos fiscalizatórios e correccionais no Brasil se dá com a figura do Conselho Nacional de Justiça como o órgão hierarquicamente superior, que pode delegar suas funções para os tribunais estaduais, onde formam as corregedorias estaduais para a apuração das infrações cometidas pelos juízes de primeira instância.

No sistema judiciário brasileiro existem as corregedorias dos tribunais, exercidas pelos membros dos próprios tribunais. O órgão superior o Conselho Nacional de Justiça foi

XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁹⁶ Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979.

TÍTULO III Da Disciplina Judiciária - CAPÍTULO I Dos Deveres do Magistrado

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

acrescentado ao rol de órgãos do poder judiciário brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, acrescentando o inciso I-A no artigo 92 na Constituição da República⁹⁷.

Posteriormente, no ano de 2009, o legislador, atuando com seu poder constituinte reformador através da Emenda Constitucional nº 61 de 2009, acrescentou o artigo 103-B na Constituição da República Federativa do Brasil, regulamentando o Conselho Nacional de Justiça como órgão máximo regulatório.

O Conselho Nacional de Justiça é composto de quinze membros com mandato de dois anos, admitida uma única recondução, tendo o presidente do Supremo Tribunal Federal; um ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz do Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz do Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal⁹⁸.

Apenas em casos de excessos e omissões danosas é que os órgãos fiscalizatórios e correcionais agem aplicando sanções administrativas, variando entre uma simples advertência até a exclusão dos quadros da magistratura. É certo que a inexistência de atividade jurisdicional necessária para a entrega efetiva da jurisdição ao jurisdicionado praticada pelo juiz poderá lhe acarretar determinadas sanções, e uma delas é a correição.

A atividade correcional foi efetivamente constituída nos tempos do Império Romano por intermédio da chamada *supplicatio*, que consistia em reclamação, junto ao Imperador, contra as irregularidades processuais cometidas pelos juízes e as providências concernentes à

⁹⁷ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁹⁸ BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

constituição do juízo, que mais tarde corresponderia, nas ordenações do reino, às soprições e ao agravo de ordenação não guardada do Direito Português⁹⁹.

No ordenamento jurídico português, no período do final do século XIII e início do século XIV foram combinadas restrições ao direito de recorrer, surgindo as soprições, também denominadas de querimas ou querimônias, da qual se utilizavam as partes para se insurgirem contra as limitações recursais. Para Teresa Arruda Alvim, as soprições portuguesas serviram de antecedente histórico para o atual recurso de agravo de instrumento, o qual possui características idênticas àquela medida. Também em Portugal foi criado o agravo de ordenação não guardada, com o objetivo de levar ao conhecimento dos tribunais superiores as infrações formais cometidas pelos juízes inferiores, aos quais se atribuía o vício de não cumprir as normas prescritas nas ordenações¹⁰⁰.

Sob o aspecto etimológico, a palavra *corregger* vem do latim *corrigere*, que significa ordenar, acertar, deixar como deve ser. De acordo com a terminologia jurídica, quer dizer realizar correção, ou seja, realizar exame ou vistoria nos expedientes e documentos de órgãos jurisdicionais, a fim de verificar se os serviços estão sendo desempenhados com eficácia e lisura.

Neste sentido, no ordenamento jurídico brasileiro, a correção surgiu no Regulamento n.º 737, datado de 25 de novembro de 1850, que abonou o Código de Processo Comercial, com o nome de agravo por dano irreparável. Pela sua importância seu conceito se estendeu não só ao poder judiciário, como também para todos os atos administrativos dos poderes legislativo e do executivo¹⁰¹.

Desde a sua origem, a correção foi criada para a perfeita e adequada prestação dos serviços públicos jurisdicionais, tendo o sentido de resguardar os jurisdicionados de erros crassos, excessos, omissões ou mesmo atos abusivos e arbitrários, tendo por finalidade a adequada gerência do serviço jurisdicional.

De tal modo, para sanar equívocos procedimentais, bem como para reparar eventuais erros, é que resulta forçosa a presença de uma corregedoria, tendo esta que ser independente sem qualquer vinculação hierárquica que impossibilite a abreviação dos trabalhos de fiscalização e reparação postural do órgão judicante.

⁹⁹ ARAÚJO, Fernando Eugênio – **Corregedoria: órgão disciplinar ou correicional?** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 07 Jun. 2018]. Disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos3/corregedoria-disciplinar-correicional/corregedoria-disciplinar-correicional2.shtml>. p. 2.

¹⁰⁰ PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim – **Agravo de Instrumento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

¹⁰¹ ARAÚJO, Fernando Eugênio – *Op. Cit.* p. 2.

Destarte, cumpre assinalarmos que a atividade correcional no Brasil não se confunde com a atividade disciplinar, pois possui funções distintas, ainda que com finalidade singular, que é a eficiência da jurisdição. A atividade correcional se perfaz não com o intuito de implementação de procedimentos disciplinares, mas sim de aperfeiçoamento dos serviços jurisdicionais, para uma entrega efetiva do serviço público. Quando desempenhada de forma eficiente, essa atividade torna inócua a instauração de procedimentos disciplinares.

A correição é classificada em dois aspectos, correição ordinária e correição extraordinária. A correição ordinária se refere à atividade de fiscalização exercida rotineiramente pela corregedoria, cumprindo suas obrigações funcionais e sem motivação específica. Já a correição extraordinária se configura pela fiscalização realizada motivada pela denúncia do jurisdicionado, por algum fato específico.

Ressalta-se que o objetivo de tais fiscalizações é a prática escoreita dos atos no processo, com a observância dos prazos legais, para que atinja o principal objetivo processual, qual seja, a efetividade na entrega da jurisdição, já que o jurisdicionado procura o poder judiciário com intuito de ver solucionado seu litígio num prazo razoável, sem que tudo isso possa interferir na regularidade do procedimento.

Noutro bordo, é necessária a definição legal de falta disciplinar, podendo ser encontrada como infração disciplinar ou irregularidade disciplinar, pois a existência de procedimento disciplinar pressupõe o suposto cometimento de uma falta.

Mário Masagão, citado por José Cretella Jr., discorre que constitui falta disciplinar ou infração disciplinar a violação, pelo servidor público, de qualquer dever próprio de sua condição, embora não esteja especialmente prevista ou definida¹⁰².

Buscando as palavras de Tito Prates da Fonseca, também citado por José Cretella Jr., este estabelece que na falta disciplinar se configuram três elementos: um ato ou omissão, ou uma série deles, elemento material; a sua imputação a uma vontade esclarecida e livre, elemento moral; a perturbação do funcionamento do serviço, ou afetação imediata ou possível de sua eficiência, elemento formal¹⁰³.

¹⁰² ARAÚJO, Fernando Eugênio – **Corregedoria: órgão disciplinar ou correcional?** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. {Consult. 07 Jun. 2018}. Disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos3/corregedoria-disciplinar-correcional/corregedoria-disciplinar-correcional2.shtml>. p. 4.

¹⁰³ José Cretella Jr *apud* ARAÚJO, Fernando Eugênio – **Corregedoria: órgão disciplinar ou correcional?** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. {Consult. 07 Jun. 2018}. Disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos3/corregedoria-disciplinar-correcional/corregedoria-disciplinar-correcional2.shtml>. p. 4.

Marcelo Caetano, também citado por José Cretella Jr., acrescenta mais dois elementos: a necessidade de texto anterior para a incriminação de certo fato, elemento legal; e a perpetração de um ato ou a verificação de um fato, que não deve ter sido praticado ao abrigo da lei, elemento justo¹⁰⁴.

A faltas disciplinares se dividem em três grandes grupos para aplicação das sanções disciplinares: faltas leves, nas quais se poderá aplicar sanção disciplinar de advertência, repreensão e multa; faltas graves, nas quais poderá ser aplicada sanção disciplinar de suspensão de até trinta dias; e faltas gravíssimas, nas quais poderão ser aplicadas sanção disciplinar de suspensão por mais de 30 dias, cassação de aposentadoria, cassação de disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função e demissão¹⁰⁵.

Seguindo a premissa de que as faltas disciplinares são as causas para as sanções disciplinares, tendo sido razoavelmente explanadas as principais características de tais faltas, é necessária a conceituação das sanções disciplinares. Segundo José Cretella Jr.,

“Sanção disciplinar é a que é empregada para indicar qualquer meio de que se utiliza o legislador para assegurar a eficácia da norma, numa visão mais técnica define como sendo "consequência danosa com que o legislador atribui ao fato daquele que viola a norma, como correspectivo de sua ação e como meio de restauração da ordem jurídica perturbada", ou seja, o Estado buscando proteger sempre a norma jurídica, sancionando disciplinarmente, através do devido processo legal, o servidor público que atentar contra a norma.”¹⁰⁶

As sanções disciplinares podem ocorrer nas searas da responsabilidade administrativa, com a reprimenda interna da responsabilidade penal que é punida com a sanção social e a responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar ou de reparar o dano causado ao patrimônio, ou seja, como sanção econômica.

As sanções disciplinares se subdividem pela sua natureza e por seu fim. Quanto à sua natureza, subdividem-se em: morais, que se apresentam em repreensão e advertência, com o fito de atingir psicologicamente o servidor; pecuniárias, que se consubstanciam na multa, efetuando diretamente sobre os bens patrimoniais do servidor; e mistas, as quais apresentam ambas as naturezas e atingem a pessoa e o patrimônio, tendo como exemplo a suspensão.

¹⁰⁴ José Cretella Jr *apud* ARAÚJO, Fernando Eugênio – **Corregedoria: órgão disciplinar ou correicional?** [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. {Consult. 07 Jun. 2018}. Disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos3/corregedoria-disciplinar-correicional/corregedoria-disciplinar-correicional2.shtml>. p. 4.

¹⁰⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 5.

¹⁰⁶ *Idem* – **Ibidem.**

Quanto ao fim a que se destinam as sanções disciplinares, podem ser encontradas as corretivas, que têm por objetivo a retificação do servidor, sendo exemplo as advertências, as repreensões, as suspensões e as multas, como também pode ser encontradas as expulsivas, que miram na proteção do cargo e do serviço público, como a aposentadoria compulsória, a disponibilidade e a demissão e revocatória, que se perfaz na cassação de aposentadoria e cassação de disponibilidade.

No procedimento disciplinar, é importante que sejam observados os princípios internacionais e internos, como o princípio da legalidade (base de qualquer atividade), o princípio da impessoalidade (não pode ser interferido por valores ou sentimentos pessoais, ou com o objetivo de beneficiar uma pessoa), o princípio da moralidade (demonstra que qualquer ato da administração, além de ser conforme a legislação, deverá ser moral), princípio da publicidade (todo ato da administração pública deverá ser publicado em imprensa oficial ou jornal de grande circulação), princípio da eficiência (todo ato da administração pública deve surtir efeito, buscando-se resultados cada vez mais eficazes), bem como os princípios da ampla defesa e do contraditório (garantias estabelecidas, oportunizando ao acusado uma defesa justa dos fatos que lhe são imputados).

Em Portugal, os órgãos regulamentadores e/ou correcionais são Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Tais conselhos não possuem como única atividade a fiscalização e correição dos juízes, mas também toda a organização dos tribunais.

O Conselho Superior da Magistratura é um órgão constitucional, colegial e autônomo, é o órgão do Estado a quem estão constitucionalmente atribuídas as competências de nomeação, colocação, transferência e promoção dos Juízes dos tribunais judiciais e o exercício da ação disciplinar, sendo, simultaneamente, um órgão de salvaguarda institucional dos Juízes e da sua independência¹⁰⁷.

Trata-se de um órgão colegiado, que funciona em plenário e em conselho permanente, sendo as determinações tomadas à pluralidade dos votos, tendo o presidente voto de qualidade nos casos de empate.

O Conselho Superior da Magistratura é dotado desde o dia 01 de janeiro de 2008 (data da entrada em vigor da Lei n.º 36/2007 de 14 de agosto) de autonomia administrativa e

¹⁰⁷ **CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA** [Em linha]. Lisboa: CSM, [sd]. [Consult. 08 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.csm.org.pt/csm/>. p. 1.

financeira, dispondo de orçamento próprio, inscrito nos Encargos Gerais do Estado (Orçamento do Estado) ¹⁰⁸.

No Conselho Superior da Magistratura existem órgãos colegiais deliberativos como Conselho Plenário, Conselho Permanente e Conselho Administrativo, órgãos colegiais de coordenação (Secções Disciplinar, de Acompanhamento e Ligação às Comarcas e de Assuntos Gerais, integradas no Conselho Permanente) e órgãos de direção (Presidente, Vice-Presidente e Juiz-Secretário).

O Conselho Superior da Magistratura é composto pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por dois vogais designados pelo Presidente da República, por sete vogais eleitos pela Assembleia da República, por sete vogais eleitos por magistrados judiciais, sendo um Juiz do Supremo Tribunal de Justiça que exerce funções de Vice-Presidente, dois Juizes dos Tribunais de Relação e quatro Juizes de Direito, um proposto por cada distrito Judicial. Integra ainda o Conselho Superior da Magistratura o Juiz Secretário, designado dentre os Juizes de Direito¹⁰⁹.

O Conselho Superior da Magistratura, no que tange à sua função disciplinadora, tem obrigação de receber as denúncias apresentadas pelos cidadãos relativamente às áreas de exercício das suas competências.

Com o intuito de materializar um eficaz cumprimento dos deveres legais, tanto na esfera judicial quanto na esfera extrajudicial, os jurisdicionados podem apresentar a quaisquer autoridades públicas petições, representações, reclamações ou queixas, tudo isso consubstanciado pela Lei n.º 43/90 de 10 de Agosto, alterada pelas Leis n.º 6/93, de 1 de março, n.º 15/2003, de 4 de junho, e n.º 45/2007, de 24 de agosto.

No ordenamento jurídico português, quando estiver em causa uma violação cometida por um juiz, de seu dever profissional, por ato ou omissão que possam gerar danos ao jurisdicionado, essa violação de um dever funcional ou norma deontológica por parte de magistrado judicial pode desencadear um procedimento disciplinar e consequente aplicação de pena disciplinar¹¹⁰.

Ao Conselho Superior da Magistratura cabe as funções de gestão e disciplina da magistratura judicial. Ele não tem o condão de interferir nas decisões judiciais, apenas os órgãos jurisdicionais a quem está confiado o poder jurisdicional o podem fazer. Se o Conselho Superior da Magistratura interferisse numa decisão judicial, estaria a violar os princípios da separação

¹⁰⁸ **CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA** [Em linha]. Lisboa: CSM, [sd]. [Consult. 08 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.csm.org.pt/csm/>. p. 1.

¹⁰⁹ *Idem* – ***Ibidem***

¹¹⁰ *Idem* – ***Ibidem***.

de poderes e da independência dos tribunais, consagrados na Constituição da República Portuguesa. Quando as partes pretendem que a legalidade de uma decisão seja analisada, devem, em conformidade com as disposições legais, recorrer a um tribunal superior¹¹¹.

No ordenamento jurídico português, o Conselho Superior da Magistratura tem a incumbência legal de fiscalização através de seu presidente, exercendo a ação disciplinar sobre os oficiais de justiça, podendo ser aplicada, nos casos de pequenas gravidades, pena de multa, e, nos casos mais vultuosos, a instauração de processo disciplinar, nos termos do artigo 94.º, 3, “c” da Lei n.º 40-A de 22 de dezembro de 2016.

Neste mesmo passo, o Ministério Público também tem o dever de exercer a fiscalização e aviar ações disciplinares sobre os oficiais de justiça em funções nas secretarias, Procuradorias e departamentos do Ministério Público, tendo a possibilidade de aplicação de multa, nos casos de infrações irrisórias, ou a implementação de processo disciplinar nos casos mais graves, nos termos do artigo 101.º, “k”, da Lei n.º 40-A de 22 de dezembro de 2016.

É necessária a conceituação de infração disciplinar trazida pelo Estatuto da Magistratura, o qual diz que constituem infrações disciplinares os fatos com violação dos deveres profissionais, ainda que sem a intenção de serem praticados pelos magistrados, “e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções”¹¹².

Nos casos de apuração de falta por parte do magistrado, este, após passar pelo procedimento disciplinar, caso seja condenado, receberá a aplicação das penas de advertência, multa, transferência, suspensão de exercício, inatividade, aposentadoria compulsória e de demissão. Todas as sanções estão devidamente regulamentadas no artigo 85.º da Lei n.º 21 de 30 de julho de 1985 (Estatuto dos Magistrados Judiciais), sanções que muito se assemelham com as existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No ordenamento jurídico português, pela sua organização judiciária, os tribunais administrativos e fiscais acumulam a competência de revisão das decisões da administração pública, não existindo um tribunal específico administrativo e fiscal.

Fazendo uma analogia do sistema português com o tribunal administrativo e fiscal, no Brasil temos as varas de fazenda pública, que fazem parte do tribunal de justiça comum, composta do juiz de direito, que resolve causas que tenham a fazenda pública como parte

¹¹¹ **CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA** [Em linha]. Lisboa: CSM, [sd]. [Consult. 08 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.csm.org.pt/csm/>. p. 1.

¹¹² *Idem* – ***Ibidem***.

processual. Porém, no modelo português de distribuição de competência funcional, de modo acertado, foi criado o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, sendo o órgão de gestão e disciplina dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal.

Compete ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, além de outras funções, exercer ações disciplinares relativamente aos juízes e servidores que compõem os Tribunais Administrativos e Fiscais. Esse Conselho é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Administrativo e composto de dois vogais designados pelo Presidente da República, quatro eleitos pela Assembleia da República, quatro juízes eleitos pelos seus pares, de harmonia com o princípio da representação proporcional¹¹³.

Vale destacarmos que os procedimentos disciplinares no Conselho Superior Administrativo e Fiscal são conduzidos por inspetores, que têm a função de averiguar o estado, as necessidades e as deficiências dos serviços dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, propondo as medidas convenientes, colhendo, por via de inspeção, elementos esclarecedores do serviço e do mérito dos magistrados. Em função deles, poderão propor a adequada classificação, proceder à realização de inquéritos e sindicâncias e dar instrução de processos disciplinares. O processo será dirigido por um inspetor de categoria superior à do magistrado apreciado ou de categoria igual, mas com maior antiguidade.

O procedimento disciplinar, na esfera do tribunal administrativo e fiscal, também deve respeitar os princípios internacionais e constitucionais da ampla defesa, contraditório e o devido processo legal, respeitando todas as regras trazidas pela constituição da república portuguesa e as legislações infraconstitucionais.

¹¹³ **CONSELHO SUPERIOR DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS** [Em linha]. Lisboa: CSTAF. [Consult. 12 Jul. 2018]. Disponível em http://www.cstaf.pt/documentos/DL_214_G_2015.pdf. p. 1.

4 A OMISSÃO JURISDICIONAL FRENTE AOS CASOS URGENTES

Como vimos anteriormente, o acesso à justiça é um direito fundamental que garante a todos os jurisdicionados a efetiva prestação jurisdicional, que não se resume apenas no direito de manifestação perante o Judiciário. Concomitantemente, temos a ideia de concedermos ao Estado Juiz o poder de solução dos conflitos, tendo como função a resolução de litígios, tutelando o direito das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas.

Dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que a tutela jurisdicional é a materialização do acesso à justiça, concedendo ao jurisdicionado a oportunidade de buscar justiça, em seu sentido amplo, reclamando seus anseios e buscando a aplicação da norma, almejando a correta instituição da justiça.

As questões judiciais trazidas à justiça são, em determinados casos, permeadas pela urgência em seu pleito. Muito embora seja de conhecimento comum que há necessidade de respeitar o procedimento judicial que deve ser seguido, o jurisdicionado necessita de uma resposta rápida e eficaz para seu anseio, sob pena de ver seu direito perecer com o arrastar processual.

Precisa-se atentar para a configuração de urgência, pois para cada jurisdicionado que tenha uma causa justa esta será sempre urgente, fazendo a doutrina e jurisprudência o papel de determinação de urgência para a concessão de uma antecipação de tutela.

A urgência trazida pelo jurisdicionado se configura com a apresentação de alguns requisitos, tendo em vista que a técnica antecipatória de uma tutela é uma medida excepcional. É uníssono que para a concessão da tutela antecipatória é necessária a apresentação, pelo requerente, de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consubstanciado no fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

Para o melhor deslinde do conceito da urgência e de seus requisitos essenciais, devemos pormenorizar tais requisitos. A probabilidade do direito é uma inovação, tendo em vista que anteriormente a antecipação da tutela estava condicionada à existência de prova inequívoca capaz de demonstrar a verossimilhança da alegação, levando a uma grande incerteza, pois alcançar a verdade através de provas robustas, em um primeiro momento, tornava tal instituto inócuo.

Assim, o requisito de prova inequívoca foi abandonado, vindo à tona uma flexibilização, que é o conceito de probabilidade do direito. Desta maneira, o juiz está autorizado a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, podendo até mesmo ser ouvido apenas uma das partes ou então se fundar em quadros probatórios incompletos, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato¹¹⁴.

A probabilidade acima descrita, que autoriza o emprego da técnica antecipatória, é a probabilidade lógica que surge da análise sumária das alegações expostas pelo requerente e das provas disponíveis no processo, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. Em suma, o juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória¹¹⁵.

Neste sentido, por muito tempo nos deparamos com ações que versam sobre casos urgentes e que necessitam de um célere desenvolvimento, sob pena de ineficiência da jurisdição, em que o juiz, ao se deparar com a situação urgente, deixa de apreciá-la, ou seja, omite-se no seu dever de entrega da jurisdição. Dentro dessa perspectiva, os ordenamentos jurídicos brasileiro e português possuem instrumentos disciplinares e de responsabilidade nos casos de deferimento ou indeferimento do pleito de urgência, de morosidade do judiciário, ou na condução de forma equivocada, quando configurada a intenção do juiz de prejudicar o processo. Outrossim, percebemos que tais instrumentos de coerção são necessários, e se mostram efetivos para a reparação de um dano sofrido pela má administração da justiça.

No entanto, como o objeto deste estudo fixou o ponto na imediata solução do reclamo do jurisdicionado, ou seja, observada a omissão do juiz frente aos reclamos urgentes, é necessário destacarmos a imposição de regras instrumentais para coibir tais omissões, tendo em vista o direito fundamental do jurisdicionado em ver sua causa urgente ser apreciada pelo poder judiciário em tempo razoável.

É notório que os instrumentos correccionais e indenizatórios podem ser eficazes, como sanções pós-dano, tendo em vista que as sanções disciplinares e as indenizações vão suprir o anseio do jurisdicionado apenas após se exaurir seu direito, pela omissão perpetrada pelo juiz.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520367612. p. 394.

¹¹⁵ *Idem* – *Ibidem*.

4.1 Recurso cabível nos casos de apreciação dos pedidos de tutela de urgência no Brasil

Preambularmente, consigna-se que nos casos de pronta apreciação do pedido de urgência, com o deferimento ou indeferimento da tutela de urgência pleiteada, as partes processuais possuem instrumentos recursais para, em segunda instância, ver seu pedido ser reapreciado.

No Brasil, temos a figura do recurso de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil¹¹⁶, recurso que ataca primordialmente as decisões interlocutórias.

O antigo Código de Processo Civil de 1973, brasileiro, atribuía como regra a interposição de agravo retido contra as decisões interlocutórias, admitindo a modalidade de instrumento apenas quando a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação era recebida, como constava no art. 522 do CPC/1973¹¹⁷.

Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, a orientação foi diversa, na medida em que enumerou, em seu artigo 1.015, um rol taxativo de decisões que serão impugnadas por meio de agravo de instrumento. Aquelas que não constam dessa lista ou de outros dispositivos esparsos do código processual deverão ser questionadas em sede de preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação, podendo até, dependendo do caráter peculiar, ser manejado mandado de segurança.

¹¹⁶ CAPÍTULO III - DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

¹¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 56.^a. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018. ISBN 978-85-309-6068-1. p. 1.090.

De acordo com o entendimento do legislador brasileiro, não há decisão interlocutória irrecorrível, apenas há decisões interlocutórias imediatamente recorríveis, que são aquelas descritas no artigo 1.105 do CPC. As que ali não constam poderão ser recorridas em momento posterior¹¹⁸.

O problema que se coloca com a entrada em vigor do novo código de processo brasileiro não é a recorribilidade da decisão interlocutória, mas sim sua impugnabilidade remota, pois não são recorríveis imediatamente e, neste caso, se o pleito for de urgência, poderá acarretar grandes prejuízos para as partes, e até mesmo tornar a pretensão inócua.

Contudo, ao editar o artigo 1.015 do Código de Processo Civil, o legislador descreveu todas as possibilidades de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o que foi massivamente debatido doutrinariamente e jurisprudencialmente, até que, em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça, através do voto condutor da ministra Nancy Andrighi, que definiu através do julgamento de recurso repetitivo (Resp. 1704520/MT)¹¹⁹, que o rol do artigo 1.015 tem sua taxatividade mitigada.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça interpretou extensivamente o artigo 1.015 do Código de Processo Civil, para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente descritas nos incisos do referido artigo.

Sobre o tema, é cediço afirmarmos que a doutrina majoritária se posicionou no sentido de que o legislador brasileiro, ao editar o artigo 1.015 do CPC, determinou que o rol ali descrito é exaustivo contendo as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na fase de conhecimento. Neste diapasão, houve uma indignação por parte dos juristas, porque o rol do artigo 1.015 do CPC é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo tribunal, vedando assim o acesso efetivo do jurisdicionado à justiça.

¹¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia – **Direito Processual Civil Moderno**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7152-7 – p. 1334.

¹¹⁹ PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SELEÇÃO. AFETAÇÃO. RITO. ARTS. 1.036 E SS. DO CPC/15. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA. NATUREZA. ROL DO ART. 1.015 DO CPC/15. 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015. (STJ - ProAfR no REsp: 1704520 MT 2017/0271924-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/02/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 28/02/2018).

Neste sentido, para a entrega efetiva da jurisdição é necessário que exista uma via processual aberta para que as questões urgentes trazidas pelo jurisdicionados sejam desde logo reexaminadas, considerando que, se a sua apreciação não for observada, causará graves prejuízos às partes e até mesmo a inutilidade do objeto.

Na edição do artigo 1.015 do CPC, o objetivo do legislador foi o de prever situações urgentes, aquelas que não poderiam aguardar para que fossem decididas em eventual recurso de apelação, após uma decisão definitiva no processo.

Advém que a história do direito corrobora que um rol taxativo não consegue prever todas as hipóteses possíveis e situações que têm a mesma razão de existir acabam ficando de fora, gerando a inefetividade da jurisdição.

É vertente afirmarmos que diversos países do mundo adotam o critério da urgência para a recorribilidade das decisões interlocutórias. Mas, como exceção, países como Estados Unidos da América, França, Alemanha, Argentina, com algumas mutações, em regra, não se admite recurso contra decisões interlocutórias, salvo quando a espera da decisão final puder causar dano irreparável às partes.

Se uma decisão interlocutória precisa ser enfrentada imediatamente, sob pena de a sua espera gerar dano irreparável às partes, deve-se permitir o recurso imediato contra essa decisão, considerando que isso atende o direito à tutela jurisdicional e de efetivo acesso à justiça, tais como o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Há alguns exemplos de situações que se definem urgentes e que não são contempladas no rol do artigo 1.015 do CPC e que, se examinadas apenas no recurso de apelação, ou seja, no final do processo, podem gerar prejuízo irreparável às partes.

A decisão sobre competência é um desses exemplos, pois não é razoável que o processo tramite perante um juízo incompetente por um longo período e, somente por ocasião do julgamento da apelação seja reconhecida a incompetência e determinado o retorno ao juízo competente, causando, assim, prejuízo às partes e aos cofres públicos.

Outro exemplo é a decisão que indefere o pedido de segredo de justiça, sendo certo que indeferindo o pedido de segredo de justiça e a parte prejudicada não podendo recorrer de imediato, não mais adiantará rediscutir o assunto na apelação, considerando que todos os detalhes da intimidade do jurisdicionado já terão sido expostos pela publicidade.

Assim, podemos perceber que diversas situações que não estão elencadas no artigo 1.015 do CPC se demonstram de suma importância para a efetivação processual e para trazer às partes a verdadeira justiça, e que, com a impossibilidade recursal para as decisões,

demonstram que se tornou infrutífera a tentativa de taxar quais casos urgentes podem ser objeto de recurso imediato.

Os juristas brasileiros, frente ao imbróglio encontrado com o rol trazido pelo artigo 1.015 do CPC, se posicionam em três correntes sobre a interpretação de tal artigo. A primeira traz a ideia do rol do artigo 1.015 do CPC ser absolutamente taxativo, devendo ser interpretado restritivamente, com fundamento que o legislador de forma consciente optou por enumerar taxativamente as hipóteses, não podendo ampliar o rol, sob pena, inclusive, de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo novo diploma processual legal. A segunda corrente traz que o rol é taxativo, mas admite interpretação extensiva ou analogia: os incisos do art. 1.015 não podem ser interpretados de forma literal, devem ser interpretados de forma extensiva para admitir situações semelhantes. A terceira corrente entende que o rol do artigo 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, de modo que a recorribilidade da decisão interlocutória deve ser imediata, ainda que a situação não conste naquele artigo, mas sem qualquer aplicação de requisitos objetivos.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que nenhuma das três correntes acima expostas soluciona adequadamente a situação. A primeira corrente da taxatividade com interpretação restritiva é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões urgentes trazidas, porque existem decisões interlocutórias que, caso não sejam reexaminadas imediatamente pelo órgão revisor, poderão causar sérios prejuízos às partes, comprometendo a efetividade processual.

A segunda corrente da interpretação extensiva ou analógica não pode ser aplicada, pois não há qualquer parâmetro seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra. Além disso, o uso dessas técnicas hermenêuticas não é suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato.

Já a terceira corrente, que entende que o rol do artigo 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, não pode ser adotada por ignorar absolutamente a vontade do legislador que tentou, de algum modo, limitar o cabimento do agravo de instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça, diante de tais incongruências, construiu o entendimento de que o rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada. De acordo com recente entendimento, em regra, cabe agravo de instrumento nas hipóteses listadas no referido artigo. Excepcionalmente, é possível a interposição de agravo de instrumento fora da lista do artigo 1.015, desde que preenchido um requisito objetivo, qual seja, a urgência.

Em suma, o agravo de instrumento será cabível se coincidirem com os casos descritos expressamente no artigo 1.105 do CPC, tendo em vista que aqui a urgência foi presumida pelo legislador. Mesmo que a situação não se encontre no rol desse artigo, mas se verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, o tribunal irá analisar se existe urgência ou não para admitir o conhecimento do agravo.

O fato é que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, as decisões, em tese, não são irrecorríveis. Mas o cerne da questão não é a análise da recorribilidade das decisões interlocutórias, e sim a efetividade dos pedidos de tutela de urgência, pois frente aos pedidos de adiantamento provisório da tutela temos duas situações fáticas: a primeira é o enfrentamento do pedido pelo juiz, o qual poderá proferir uma decisão, indeferindo ou deferindo tal pleito, dos quais cabem recursos. A segunda situação ocorre quando há a omissão por parte do juiz, frente ao caso urgente, ou seja, quando o juiz não se manifesta sobre o pedido antecipatório urgente. Neste caso, não há qualquer instrumento processual imediato para que as partes que se sintam prejudicadas pela omissão possam lançar mão.

Como já descrito no capítulo 3 desta dissertação, as ferramentas existentes são para posterior reparação, como a responsabilização do Estado pela omissão do juiz, a responsabilização da pessoa do juiz, nos casos de comprovação de seu dolo, ou as sanções disciplinares impostas pelas corregedorias. Mas até que ocorram as sanções acima descritas, o jurisdicionado se vê desamparado em seu pleito, podendo a omissão ser causa de prejuízos irreparáveis, podendo colocar o direito fundamental à vida em risco, como nos casos de realização de cirurgia de urgência.

4.2 Sistema recursal português e recurso cabível contra decisão proferida nos procedimentos cautelares de urgência em Portugal

O processo judicial tem como finalidade a busca incessante por justiça, pela verdade real ou processual. Em um ordenamento jurídico, que tenha como instrumento de democratização institucional, no qual as partes entregam nas mãos do Estado fatos cotidianos, e esperam a aplicação irreprochável da legislação, com imparcialidade e celeridade, não poderia ficar de fora da escala procedimental a figura do recurso.

O recurso constitui o principal instrumento de impugnação de decisões judiciais, permitindo a sua reapreciação por um tribunal de categoria hierarquicamente superior¹²⁰.

Como ensina o professor Rui Pinto:

Em termos meramente perfunctórios o Direito dos Recursos Cíveis pode ser definido como o sistema de normas que disciplinam os meios de revogação de uma decisão judicial com fundamento em ilegalidade ou injustiça, proferida nos procedimentos porque se concretiza o direito de ação cujo objeto sejam situações jurídicas subjetivas privadas. Em termos mais simples: o sistema de normas que no âmbito do processo civil disciplinam a revogação de uma decisão judicial por ilegalidade ou injustiça¹²¹.

Os recursos cíveis têm grande importância devido à sua aplicação subsidiária no ordenamento jurídico português, como no processo do trabalho, processo administrativo, processo penal e processo tributário. Todos esses diplomas versam especificamente sobre recursos, mas mencionam que na falta de regulamentação é necessário lançar mão às normas estabelecidas pelo Código de Processo Civil, tendo eminente carácter subsidiário e importância tamanha para o ordenamento jurídico local¹²².

Mesmo diante da importância do recurso civil para o ordenamento jurídico, a estabelecer o melhor direito e acesso à justiça, este não é abalizado constitucionalmente, sendo que o legislador português não conferiu expressamente ao recurso civil importância para constar em seu texto legal.

É comum a matéria sobre recursos cíveis não fazer parte do direito constitucional fazendo a comparação com as normas internacionais e estrangeiras. A matéria sobre recursos cíveis não é prevista, positivamente, pelas convenções internacionais, tampouco pelas constituições estrangeiras. As constituições espanhola, alemã, italiana e francesa também não preveem explicitamente o direito recursal civil, não havendo nenhuma garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição¹²³.

Devido ao silêncio constitucional sobre a matéria cível, veio à tona a tese da consagração implícita, designada por Teixeira de Sousa, presente tanto na doutrina de Ribeiro Mendes como na jurisprudência nacional: a “Constituição Portuguesa não consagra diretamente a existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Só indiretamente o direito ao recurso é consagrado na

¹²⁰ GERALDES, António Santos Abrantes – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5555-8. p. 21.

¹²¹ PINTO, Rui – **Recuso Civil. Uma Teoria Geral: Noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema**. Lisboa: AAFDL editora, 2017. ISBN 978-972-629-098-8. p. 08.

¹²² *Idem* – **Op. Cit.** p. 10-11.

¹²³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 136-139.

medida em que fala de tribunais de recurso” (ac. STJ 9-2-1994 [Amado Gomes]), pois nos artigos 209.º e 210.º a “lei constitucional, parte do princípio de que, a organização judiciária tem tribunais de primeira instância e tribunais de recurso”¹²⁴.

Neste diapasão, para parte da doutrina, a matéria de recursos cíveis é regulamentada pelas normas infraconstitucionais, tendo o legislador a possibilidade de regulamentar a admissibilidade dos recursos, sem que fira qualquer norma basilar.

Nos dizeres do professor Rui Pinto, que tece críticas sobre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, o direito ao recurso é um princípio de boa justiça, princípio este subjetivo e não vinculativo, pois pode o legislador ordinário implementar políticas recursais mais amplas, podendo limitar tal incidência sem que isso fira os preceitos constitucionais e internacionais sobre acesso efetivo ao judiciário¹²⁵. Afirmar Rui Pinto:

Sintomática desta espécie de “agnosticismo constitucional” quanto ao recurso é não tanto a afirmação de que as Constituições preveem o direito ao recurso, mas, mais de que os recursos podem ser pura e simplesmente suprimidos, desde que tal seja feito respeitando alguns princípios. Ou seja: por muito “bom” que fosse um concreto sistema de recursos, nada o protegeria do seu criador¹²⁶.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, que rebaixa a matéria de recurso cível para patamares de inferioridade hierárquica constitucional, traz a justificativa que com a incidência da responsabilização civil do Estado pelos atos da jurisdição, ou de exigência de recursos extraordinários por violação de direitos fundamentais, não alterariam esse ponto de vista no seu essencial. De forma antagônica, os mecanismos reparatórios permitem que cheguemos à conclusão de que na maior parte dos casos o sujeito teria de suportar os efeitos danosos de uma decisão judicial ilegal ou injusta e, para apenas depois, pedir indenização¹²⁷.

A ideia de rebaixamento do valor hierárquico dos recursos cíveis, seria maléfica, sendo que a Constituição Portuguesa em seu artigo 20.º, 1, que versa sobre a proteção contra atos ilícitos ou ilegais de sujeitos privados, não tem em si a exigência de proteção imediata e direta contra atos das autoridades judiciárias, devendo a constituição também proteger o jurisdicionado contra atos do poder judiciário¹²⁸.

¹²⁴ PINTO, Rui – **Recuso Civil. Uma Teoria Geral: Noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema**. Lisboa: AAFDL editora, 2017. ISBN 978-972-629-098-8. p. 136-139.

¹²⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 140.

¹²⁶ *Idem* – **Ibidem**.

¹²⁷ *Idem* – **Recuso Civil. Uma Teoria Geral: Noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema**. Lisboa: AAFDL editora, 2017. ISBN 978-972-629-098-8. p. 140.

¹²⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 141.

A crítica tecida por Rui Pinto tem base em garantias constitucionais como a segurança jurídica e trazem credibilidade ao Estado Juiz, tendo em vista demonstrar para a sociedade que as matérias, ao serem revisadas por instâncias hierarquicamente superiores, trazem conteúdo mais próximo do ideal, ou seja, se faz verdadeira justiça.

Com a existência da possibilidade de revisão da matéria, reduz-se a incidência de erros judiciais sobre questões meritórias e de direito, onde um órgão hierarquicamente superior, composto de julgadores mais experientes, pode rever os julgados, confirmando-os ou, se caracterizar quaisquer máculas, podendo sanar o erro, modificando a decisão guerreada.

Conceitualmente o recurso trata-se do meio de provocar o reexame de uma decisão no processo com o objetivo de reformá-la ou invalidá-la, caracterizando-se pela voluntariedade da parte sucumbente. Na prática recursal, não há que se falar em novação da demanda, pois continua a ação anteriormente ajuizada e em tramitação.

O processo civil português passou por grandes reformas nos últimos anos, tendo a matéria de recurso sofrido reformulação potencial, com a grande reforma ocorrida no ano 2007. Com isso, e pelo fato da matéria recursal cível poder ter limitações, sem que fira normas supremas, na atualidade, o sistema recursal português, traz uma complexidade procedimental mais elevada no que tange aos requisitos de admissibilidade, em comparação com o sistema recursal brasileiro.

Como dito alhures, a Constituição Portuguesa se destaca devido à normatividade expressa sobre matéria recursal, ser trazida apenas na matéria do direito penal em seu artigo 32.º, 1, devendo, ao nosso entender, tal norma ser utilizada por analogia ao processo civil em consonância ao acesso ao direito e a justiça de forma efetiva.

Muito embora o silêncio do legislador constituinte português, sobre o tema recursal no processo cível, na legislação infraconstitucional, Código de Processo Civil, o recurso é trazido de forma exaustiva, sendo delineado as espécies, formas, prazo, requisitos essenciais para sua admissibilidade, dentre outras.

Como não poderia ser diferente num sistema jurídico democrático, o direito ao recurso é importante, mas por não haver previsão constitucional poderão existir limitações impostas pelo legislador, sendo que tais limitações existem com o claro intuito de desacumular o poder judiciário de cargas excessivas de recursos, muitos destes, sem fundamento e amparo fático-jurídico, apenas com intuito protelatório.

O sistema recursal visa compatibilizar múltiplos interesses, abrangendo o da segurança jurídica, uma vez que a reapreciação de uma decisão por um órgão jurisdicional

hierarquicamente superior confere maiores garantias de acerto quanto a solução do conflito ou à regulação dos interesses em causa, com a maior experiência dos juízes chamados a intervir em áreas especializadas, potenciando a redução do número de decisões erradas ou injustas, de modo que a admissibilidade de recursos constitui o reflexo do direito constitucional ao acesso à justiça¹²⁹.

Devido ao acúmulo processual e à consequente demora na entrega efetiva da jurisdição, tendo como uma das causas o alargado número de procedimentos, nasceu a necessidade de racionalização do acesso aos recursos cíveis, sendo imperioso lembrar que o direito processual penal tem um tratamento diferenciado, devido ao bem jurídico tutelado.

Neste diapasão, o legislador português, atento as demandas internas e internacionais sobre a eficácia jurisdicional, agiu para reformar o procedimento processual civil, realizando, em 2007, uma grande reforma, onde a matéria de recurso foi exaustivamente debatida e modificada. Salienta que, uma segunda grande reforma no ano de 2013 ocorreu no processo civil português, sendo que o tema de recursos se manteve inalterado, mantendo a reforma ocorrida em 2007.

A base da reforma recursal de 2007 foi o estreitamento dos recursos, extinguindo a figura do agravo e fixando apenas dois gêneros de recursos, um antes do trânsito em julgado e outro após o trânsito em julgado – quais sejam, ordinários e extraordinários, respectivamente.

Neste passo, com a reforma, foi implementado o cumprimento de vários requisitos para a admissibilidade dos recursos, requisitos objetivos, no que tange à importância e ao valor económico da causa (alçadas dos tribunais), bem como à necessidade de se recorrer (valores da sucumbência).

De forma acertada, em matérias específicas, não deixou de observar o legislador as questões que não precisam cumprir os requisitos impostos pela legislação para recursos, devido à importância e urgência das matérias a ser revistas pelo tribunal superior.

Podemos dizer, ante a este contexto, mesmo não sendo expressamente previsto na constituição, que o direito português mitigou o princípio do duplo grau de jurisdição no que tange à matéria cível, pois não é aplicado para qualquer decisão, elencando o legislador, nos artigos 629.º e 630.º do Código de Processo Civil, as decisões que admitem o emprego do recurso, bem como os atos processuais que não admitem recurso.

¹²⁹ GERALDES, António Santos Abrantes – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2104. ISBN 978-972-40-5555-8. p. 22.

Para melhor visualização do sistema português sobre as decisões que admitem recurso, é necessário dividi-las em: decisões que admitem recurso, mas que devem cumprir os requisitos impostos pela lei, como os valores de alçada e de sucumbência, nos termos do artigo 629.º, 1, do Código de Processo Civil e as decisões que admitem recurso sem a observância de tais requisitos, aquelas que apresentam relevância, nos termos do artigo 629.º, 2 e 3 do Código de Processo Civil.

Os recursos no direito português são classificados em ordinários e extraordinários. Os recursos ordinários são aqueles cabíveis antes do trânsito em julgado da ação, antes que se instaure a coisa julgada, se dividindo em recurso de apelação e recurso de revista. Já o recurso extraordinário é aquele cabível após o trânsito em julgado, mitigando a coisa julgada, se dividindo em recurso para a uniformização de jurisprudência e recurso de revisão.

Como já mencionado, o artigo 629.º do Código de Processo Civil elenca quais decisões admitem recurso, sendo que, em regra, o recurso ordinário é admitido quando a causa tenha valor igual ou superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor igual ou superior à metade da alçada de tal tribunal, atendendo-se, em caso de fundada dúvida acerca do valor da sucumbência, somente ao valor da causa, trazendo o critério do valor da causa como um dos principais requisitos para a admissibilidade recursal.

Por outro lado, como exceção, o legislador português traz num rol taxativo as possibilidades de admissão de recurso sem a observância do critério estabelecidos acima, nos termos dos itens 2 e 3 do artigo 629.º do Código de Processo Civil.

Assim, nesse diapasão, o legislador teve o cuidado de elencar os casos nos quais, independentemente do valor da causa e da sucumbência, será sempre admissível recurso: decisões com fundamento na violação das regras de competência internacional; das regras de competência em razão da matéria ou da hierarquia, ou na ofensa de caso julgado; das decisões respeitantes ao valor da causa ou dos incidentes, com o fundamento de que o seu valor excede a alçada do tribunal de que se recorre; das decisões proferidas, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, contra jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça; do acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, e do qual não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência em conformidade com ele.

No item 3 do artigo 629.º, com o devido esmero, o legislador introduz tal item para que independentemente do valor da causa e da sucumbência, seja sempre admissível recurso para a Relação, as decisões nas ações em que se aprecie a validade, a subsistência ou a cessação de contratos de arrendamento, com exceção aos arrendamentos para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios, das decisões respeitantes ao valor da causa nos procedimentos cautelares, com o fundamento de que o seu valor excede a alçada do tribunal de que se recorre e principalmente das decisões de indeferimento liminar da petição de ação ou do requerimento inicial de procedimento cautelar.

Advém, neste sentido, a figura do recurso de apelação tratada nos artigos 644.º ao 651.º do Código de Processo Civil, que elenca as formas de interposição, efeitos do recurso, modo de subida, dentre outros.

Cumpre destacarmos que o recurso ordinário de apelação, com o advento da reforma da legislação processual de 2007, absorveu o recurso de agravo existente no antigo código de processo, certo que o termo absorção remonta a ideia de continuidade efetiva dos efeitos de tal recurso absorvido, não havendo qualquer revogação de tal instituto.

O recurso de apelação possui dois regimes diversos: aquele que protege o direito subjetivo do requerente de forma imediata, ou seja, o momento da interposição se dá após a prolação da decisão em procedimentos cautelares, incidentes autônomos e naqueles que colocam termo ao processo, conforme artigo 644.º, 1, do Código de Processo Civil. O outro regime trazido pelo legislador é o recurso cuja interposição ocorre em momento ulterior, quando de fato ocorre o julgamento final dos articulados, sendo imperioso conjugar-se com outras normas que definam as demais condições que devem estar presentes para que a decisão possa ser impugnada, entre as quais se apresenta o artigo 629.º, 1, do Código de Processo Civil¹³⁰.

O recurso ordinário de apelação tem como prazo peremptório trinta dias, a contar da ciência da notificação da decisão, sendo cediço que nos casos de processos urgentes esse prazo é reduzido para quinze dias, nos termos do artigo 638.º, 1, do Código de Processo Civil.

O modo de subida dos recursos ordinários de apelação, em regra, é nos próprios autos, nos termos do rol taxativo do artigo 645.º, 1, da legislação processual, existindo a possibilidade da subida em apartado, nos casos não mencionados no item 1 do artigo supramencionado.

O legislador português atribui ao recurso ordinário de apelação, como regra, o efeito meramente devolutivo. Tal efeito ocorre quando é devolvida toda matéria para reexame em

¹³⁰ GERALDES, António Santos Abrantes – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2104. ISBN 978-972-40-5555-8. p. 154-155.

instância superior, entregando ao tribunal revisor decisão para que seja analisada a possibilidade de ser anulada, reformada ou mantida. Porém, no decorrer do julgamento, os efeitos dessa decisão continuam vigentes até provimento final, havendo a possibilidade de execução provisória de tal decisão recorrida.

Em casos excepcionais, poderá ser concedido efeito suspensivo das decisões proferidas, quando estas se enquadrarem nos casos previstos no art. 647.º, 3, em suas alíneas do Código de Processo Civil, bem como nos casos em que a execução provisória da combatida decisão causar grande prejuízo às partes ou processo.

Já o recurso de revista foi introduzido no ordenamento jurídico português com a reforma do Código de Processo Civil no ano de 2007. A criação do presente recurso teve o intuito de dar mais celeridade ao processo e assim efetivar a entrega jurisdicional, prestigiando o poder de análise por parte dos tribunais superiores, restringindo as matérias a serem analisadas.

Como ensina António Geraldes,

o ponto de referência para a admissibilidade do recurso de revista deixa de ser a decisão da 1ª instância e passa a ser o acórdão da Relação. Em regra, pode ser interposto recurso quando o acórdão tenha conhecido do mérito da causa ou, independentemente disso, tenha posto termo ao processo, mediante a absolvição da instância do réu ou de algum dos réus quanto a algum ou alguns dos pedidos.¹³¹

O recurso de revista tem como fundamento a violação de lei substantiva, que pode consistir no erro de interpretação, de aplicação ou de determinação da norma aplicável, a violação ou errada aplicação da lei de processo às nulidades previstas nos artigos da lei processual.

Após a análise detida do procedimento recursal analisaremos os critérios limitadores dos recursos, quais sejam, o valor da causa e o montante quantitativo da sucumbência. Vale esclarecermos que os tribunais, tanto o de Relação quanto o de Supremo Tribunal de Justiça, atribuem alçadas, que são valores mínimos em que a ação deverá possuir para a admissibilidade de eventuais recursos.

Na hipótese do Tribunal de Relação a alçada é de € 5.000,00 e no Supremo Tribunal de Justiça o valor de € 30.000,00, esses valores são trazidos no artigo 44.º, da lei n.º 62/2013, de

¹³¹ GERALDES, António Santos Abrantes – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2104. ISBN 978-972-40-5555-8. p. 292.

26 de agosto¹³², denominada de Lei de Organização do Sistema Judiciário. Ficando demonstrado que o critério quantitativo de alçada é dos legisladores.

Outro critério limitador diz respeito à sucumbência. O Código de Processo Civil, em seu art. 629.º, n.º 1, diz que “a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada do tribunal”¹³³.

Percebe-se que os critérios limitadores do valor da causa e do valor da sucumbência são partes integrantes de um mesmo requisito, ou seja, devem ser preenchidos conjuntamente para a admissão, nos termos do item 1 do artigo 629.º do Código de Processo Civil.

Além da regra básica para a interposição de recurso, que é aplicável aos recursos ordinários e o de revista, como valores da ação e sucumbência em relação as alçadas dos tribunais, o legislador ainda introduziu o sistema da dupla conforme, como um fator de seleção de recursos que serão conhecidos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Em regra, o recurso de revista tem efeito devolutivo, sendo que pode ser aplicado o efeito suspensivo nas questões de estado de pessoas, nos termos do art. 676.º, 1 e 2, do CPC.

O sistema da dupla conforme, mencionado acima, é uma forma de limitação do recurso de revista, que consiste na conformidade do acórdão proferido com a sentença de 1ª instância, na qual não caberá ao Supremo Tribunal de Justiça conhecer da matéria. Em regra, o Supremo Tribunal de Justiça conhece apenas a matéria de direito, ou seja, a revista para o Supremo tem que ser fundamentada em violação legislativa. Para esse efeito, vale igualmente como violação de lei substantiva a ofensa de uma disposição expressa da lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força probatória de determinado meio de prova¹³⁴.

Percebemos, pela inteligência do artigo 671.º, 3, do Código de Processo Civil, que o legislador limitou a incidência do recurso de revista, trazendo que da decisão da Relação que

¹³² TÍTULO V – Tribunais Judiciais - CAPÍTULO II - Competência

Artigo 44.º - Alçadas

1 - Em matéria cível, a alçada dos tribunais da Relação é de € 30 000 e a dos tribunais de 1.ª instância é de € 5000.

2 - Em matéria criminal, não há alçada, sem prejuízo das disposições processuais relativas à admissibilidade de recurso.

3 - A admissibilidade dos recursos por efeito das alçadas é regulada pela lei em vigor ao tempo em que foi instaurada a acção.

¹³³ MESQUITA, Miguel – **Código de Processo Civil**. 15.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6189-4, p. 195.

¹³⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de – “**Dupla Conforme**”: critério e âmbito da conformidade [Em linha]. Lisboa: Cadernos de Direito Privado. [Consult. 20 Jul. 2018]. Disponível em <https://alvespereira.com/wp-content/uploads/dupla-conforme-criterio-e-ambito-da-conformidade.pdf>, p. 22.

confirme a sentença de 1ª instância, sem voto vencido e sem fundamentação essencialmente diferente, não caberá a revista, vindo a caracterizar o sistema da dupla conforme.

O sistema da dupla conforme traz uma limitação recursal, atinente não só à matéria a ser conhecida pelo Supremo Tribunal de Justiça, mas também a critérios de julgamento e conhecimento ou modificação das matérias de fato.

Para a melhor visualização da aplicação da dupla conforme devemos estudar o conceito de desconformidade e conformidade. Em síntese, a desconformidade se dá quando o acórdão altera a substância da sentença, onde, cumprindo os requisitos de admissibilidade recursal, poderá a parte sucumbente interpor o recurso de revista. A desconformidade se opera pela divergência nas decisões ou até em sua fundamentação. Com ponto divergente, poderá o Tribunal de Relação manter a sentença em seu dispositivo, mas com fundamentação distinta, mesmo assim haverá a conformidade nessas decisões onde não cabe recurso de revista¹³⁵.

Assim, podemos concluir que, numa forma abrangente, é admissível interpor recurso de revista se a 1ª instância tiver considerado a ação procedente ou não, com base na aplicação de determinada legislação e o Tribunal de Relações confirme a sentença, só que com outro fundamento legal.

Devemos atentar para a conformidade das decisões. Mesmo com a mudança da fundamentação proferida pelo Tribunal de Relação, esta mudança não poderá ser essencial, senão, assim, haverá desconformidade e poderá a parte, cumprindo os requisitos legais, interpor o recurso de revista.

Portanto, a caracterização da conformidade, num viés mais abrangente, não se dá apenas pela identidade das decisões, e sim pelo resultado proporcionado. Permanece a matéria da dupla conforme com caráter essencial de redução de demandas recursais.

Dentro da matéria de conformidade existem exceções, pois em determinados casos, mesmo havendo a alteração da sentença pelo Tribunal de Relação, a decisão poderá ser considerada conforme e assim não caberá recurso de revista. Para melhor entendimento, é necessária a exemplificação num caso concreto:

O autor entrou com ação indenizatória, requerendo o valor de € 100.000,00, na 1ª instância, o réu foi condenado no valor de € 80.000,00, ambas as partes poderiam aviar recurso de apelação ao Tribunal de Relação, feito isso o réu conseguiu que a Relação abaixasse o montante da condenação para € 60.000,00, ou seja, o réu teve um

¹³⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de – **“Dupla Conforme”: critério e âmbito da conformidade** [Em linha]. Lisboa: Cadernos de Direito Privado. [Consult. 20 Jul. 2018]. Disponível em <https://alvespereira.com/wp-content/uploads/dupla-conforme-criterio-e-ambito-da-conformidade.pdf>. p. 22.

aproveitamento de € 20.000,00, assim o réu, por ter sido beneficiado pelo acórdão, não poderia aviar o recurso de revista, porque para ele ocorreu a dupla conforme.¹³⁶

Cabe ressaltarmos que a parte prejudicada pelo o acórdão da Relação relativamente aquilo que tinha obtido na 1ª instância, só pode interpor recurso de revista se a sua sucumbência for superior à metade da alçada do tribunal a ser recorrer.

O sistema da dupla conforme foi introduzido pela reforma de 2007, tendo em vista que anteriormente a admissibilidade do recurso se dava apenas pelo inconformismo da parte sucumbente, e com a referida reforma ficou restringida a incidência do recurso. Isso causou grande discussão, pois alguns críticos da reforma entendem que não poderia o legislador limitar as formas e acesso ao recurso. Por outro lado, há os que entendem que a reforma era necessária para o desacúmulo do judiciário e melhor celeridade processual¹³⁷.

O recurso sempre foi questão debatida pelos idealizadores do direito, assim como, quando usado em excesso, um dos maiores responsáveis pela morosidade judiciária, fazendo os processos se eternizarem por décadas.

A ideia do legislador, na reforma de 2007, de reduzir em números drásticos os recursos e impor requisitos essenciais para sua admissibilidade, trouxe o desabarrotamento judicial e uma celeridade há muito esperada. Trouxe também calorosas discussões sobre o contraponto de direitos e princípios básicos das pessoas. Primeiro, o acesso ao judiciário e direito ao recurso contra a celeridade processual; segundo, a efetividade judicial com a igualdade das partes.

As decisões sobre os procedimentos cautelares, tanto nas tutelas conservatórias quanto nas tutelas antecipatórias, são amparadas por instrumento processual recursal, para, no caso de insatisfação com a decisão tomada pelo juiz, esta ser revista por um tribunal que tenha como função principal a revisão das decisões proferidas em primeira instância.

As decisões de indeferimento liminar da petição de ação ou do requerimento inicial de procedimento cautelar, devido ao caráter de urgência, não poderiam deixar de constar no rol de itens a serem admitidos os recursos para o tribunal de relação.

Fato importante que devemos observar é que o legislador, no item 3 do artigo 629.º, determinou de forma taxativa as possibilidades que caberiam recurso para os Tribunais de Relação, pontuando as decisões sobre os requerimentos de procedimento cautelar.

¹³⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de – “**Dupla Conforme**”: critério e âmbito da conformidade. [Em linha]. Lisboa: Cadernos de Direito Privado. [Consult. 20 Jul. 2018]. Disponível em <https://alvespereira.com/wp-content/uploads/dupla-conforme-criterio-e-ambito-da-conformidade.pdf>. p. 25.

¹³⁷ GERALDES, António Santos Abrantes – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2104. ISBN 978-972-40-5555-8. p. 300.

Fica claro que mesmo com a imposição legal de requisitos para a admissibilidade dos recursos, nos casos que tiverem como objeto matérias urgentes, caberá recurso, independentemente do cumprimento de qualquer requisito imposto, como valor da causa e sucumbência.

Com a redução do número de recursos legalmente disponíveis, bem como com a imposição de limites legais, foi necessário pensar nas matérias urgentes, pois estas não poderiam padecer sob o manto de requisitos legais, devido à urgência de sua natureza.

Acertadamente, o legislador português colocou as medidas urgentes no rol taxativo de matérias que não precisam demonstrar quaisquer requisitos, cabendo recurso em qualquer fase processual, desde que indeferido tal pleito pelo juiz.

Seguindo o raciocínio, pela urgência de determinadas matérias, foi introduzido o prazo reduzido pela metade, ou seja, quinze dias, sendo que o prazo para a interposição do recurso ordinário de apelação é de trinta dias a contar-se a partir da notificação da decisão. Nas decisões proferidas nos procedimentos cautelares, incluindo a que determine a inversão do contencioso, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível.

Como esposado no julgado Ac. STJ de 02.03.2017, em regra, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão do Tribunal da Relação proferido no âmbito de procedimentos cautelares (artigo 370.º, 2, do Código de Processo Civil). Essa regra de irrecorribilidade é, contudo, excepcionada se invocada alguma das situações elencadas no artigo 629.º, 2, do Código de Processo Civil, entre as quais figura, na alínea “a” a violação das regras de competência absoluta. Nesses casos, não constitui também obstáculo à admissibilidade da revista a coincidência decisória entre a 1ª instância e a Relação (dupla conforme) ¹³⁸.

No que tange à legitimidade ativa para impugnar a decisão cautelar, será sempre a parte processual que tenha sido vencida, bem como as pessoas que, apesar de não serem partes, tenham sido por ela direta e efetivamente prejudicadas, havendo neste caso uma legitimidade extraordinária.

Neste sentido, cumpre destacarmos que o tribunal competente para apreciar o recurso nos procedimentos cautelares é o Tribunal de Relação, ou seja, a segunda instância do distrito judicial em que se situe o órgão jurisdicional que tenha proferido a decisão que se pretenda impugnar.

¹³⁸ PIÇARRA, Antonio Joaquim, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número de processo 1920/13.8TBAMT-A. P1.S, de 02 de Março de 2017** [Em linha]. Lisboa. [Consult. 02 Ago. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>. p. 3.

O modo de subida da apelação, frente aos casos de urgência, se dá através da remessa nos próprios autos, nos termos do artigo 645.º, “d”, do Código de Processo Civil, ou seja, uma vez interposto o recurso imediato, todo o processo, juntamente com as razões recursais, subirão para apreciação do pleiteado pelo juízo revisor.

Existe a possibilidade de o recurso subir separadamente dos autos, mas apenas nos casos não previstos no artigo anteriormente mencionado, devendo este ser instruído com as cópias essenciais do processo, devidamente certificadas.

O efeito do recurso interposto das decisões que indefiram liminarmente ou que não ordene a providência é suspensivo, devido ao seu caráter urgente, sendo que a execução, ou não, provisória da decisão poderia acarretar, sobremaneira, prejuízos tanto às partes quanto ao curso processual. No entanto, a regra trazida pelo legislador português, sobre os efeitos dos recursos ordinários de apelação, foi a aplicação do efeito devolutivo.

O legislador, ao se debruçar sobre o efeitos dos recursos, impôs a regra com efeito devolutivo e a exceção seria o efeito suspensivo, trazido pelo artigo 647.º do Código de Processo Civil, fixando um rol de taxatividade mitigada para os casos de atribuição de efeito suspensivo, devido à incidência do item 4 do supramencionado artigo, no qual o legislador abre a possibilidade de aplicação do efeito suspensivo fora dos casos descritos nas alíneas do item 3 do referido artigo.

Ao flexibilizar a atribuição do efeito suspensivo ao recurso ordinário de apelação, o legislador coloca as situações em que a execução provisória causa prejuízos às partes e quando se oferece caução, assim haverá a possibilidade de atribuição do efeito suspensivo, causando menos prejuízo às partes e ao processo.

Observa-se que os casos que tenham como característica a urgência, uma vez tomada a decisão sobre os pedidos cautelares, tal decisão pode ser atacada por recurso especificado, onde foi determinada medidas assecuratórias, como redução de prazos, possibilidade de modificação dos efeitos, mas, quando há flagrante omissão por parte do órgão julgador, ou seja, quando o julgador se silenciar frente a demanda cautelar de urgência, não há qualquer instrumento processual, para amparar imediatamente o jurisdicionado.

4.3 Responsabilização civil do Estado por atos ilícitos praticados: evolução histórica no Brasil e em Portugal

Preambularmente, é necessário destacarmos a evolução doutrinária da aplicação da responsabilização estatal, certo que a responsabilidade civil pelos ilícitos causados pode ser contratual e extracontratual, asseverando que a responsabilização extracontratual paira sobre o Estado como entidade.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado tem recebido um tratamento diferente dependendo do tempo e do espaço. Contudo pode-se dizer que depois de abandonada a regra da irresponsabilidade absoluta adotada durante muito tempo se evoluiu para a responsabilidade subjetiva vinculada à ideia de culpa, e mais tarde avançou-se para a adoção de preceitos próprios impostos pelo direito público¹³⁹.

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi por muito tempo adotada como regra. Tal teoria foi legitimada pelos Estados Absolutistas e tinha como razão a soberania estatal. A ideia que prevalecia era a de que o Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, situação superada no século XIX. Essa teoria foi substituída quando o Estado Liberal, que raramente intervia nas relações entre particulares, foi substituído pelo Estado de Direito, segundo o qual deveria ser atribuído a ele direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas¹⁴⁰.

Em um breve histórico das teorias da irresponsabilidade do Estado, ensina Ricardo Pedro:

No princípio vigorava o dogma da irresponsabilidade, que se sustentava na máxima “The King can do no wrong” ou “Le Roi ne peut mal faire”, isto é, na ficção de o Rei não poder errar. A irresponsabilidade do poder público fundava-se, até à primeira metade do século XIX, no corolário da soberania do Rei. Este princípio da irresponsabilidade sustentou-se, no período do Estado Liberal, em grande medida na ideia de intervenção mínima do Estado. Nesta época o Estado não tinha por vocação administrar. A administração estadual reduzia-se, por isso, no Estado Liberal, à área financeira – cobrança de impostos e gestão financeira – e às forças de segurança, que mantêm a ordem pública. Com o surgimento dos Estados intervencionistas, na medida em que Administração se tornou prestacional, esta atitude viria a tornar-se

¹³⁹ RUI MEDEIROS *apud* PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 21-22. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁴⁰ MORAES, Alexandre de – **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 17.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. ISBN 85-224-3989-3. p. 335.

insustentável, reconhecendo-se a necessidade da responsabilização pelos prejuízos causados pela sua actuação.¹⁴¹

Aquela época, era desconsiderado o cometimento de quaisquer erros pelo Estado, dado que este era dotado de poderes que o tornavam singular aos seus jurisdicionados, abalizado pela teoria do interesse público. Conforme o entendimento da época, a única possibilidade de responsabilização era do funcionário público, pois este respondia de forma subjetiva, ou seja, deveria provar o dolo ou a culpa do agente, quando configurada a prática de atos ilícitos que causassem comprovado dano aos particulares, ficando clara a responsabilização da pessoa física e não a responsabilização do Estado.

Naquele tempo, não teria justificativa o argumento de que os funcionários administrativos eram órgãos imediatos do Estado e, por isso, seus atos deveriam ser considerados como atos de Estado, este só representado pelo chefe do governo¹⁴².

De fato, a teoria da imputação volitiva (teoria do órgão), na qual o agente público, quando age nessa qualidade, realiza a vontade do Estado, ainda não prevalecia, especialmente pelo fato de apenas o Rei, chefe do Poder Executivo, representar os anseios da figura estatal¹⁴³.

Ensina o professor Ricardo Pedro que o princípio da irresponsabilidade começou a demonstrar desgaste no final do século XIX quando se começou a trabalhar a ideia de responsabilização do Estado por alguns atos cometidos:

A ruptura com o princípio da irresponsabilidade do Estado, no que se refere à responsabilidade por função administrativa, conheceu dois caminhos diversos, nos países continentais surgiu pela via jurisprudencial. Exemplo disso é, em França, o célebre “*Arrêt Blanco*” do Tribunal de Conflitos, de 1 de fevereiro de 1873, que veio consagrar a existência de responsabilidade do poder público independentemente de qualquer lei expressa, autonomizando-se esta responsabilidade da decorrente das normas de direito privado. Já nos países anglo-saxónicos o caminho trilhado foi a via legislativa. No direito Inglês a ruptura com o princípio da irresponsabilidade ocorreu com o *Crown Proceeding Act*, de 1947, e nos Estados Unidos da América ocorreu com

¹⁴¹ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 21-22. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁴² CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 9788520352540. p. 20.

¹⁴³ DIOGO, Cristiane Sampaio – **Teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: panorama jurídico brasileiro e responsabilidade objetiva** [Em linha]. Mato Grosso do Sul: Conteúdo Jurídico, 2017. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-explicativas-da-responsabilidade-civil-do-estado-panorama-juridico-brasileiro-e-responsabilidade-objet,589588.html>. p. 3.

o *Federal Tort Claims Act*, de 1946, prevendo-se este tipo de responsabilidade em casos expressamente previstos, requeridos perante o Congresso.¹⁴⁴

A responsabilização estatal, a essa altura, se dividiu em três seguimentos: os atos administrativos do Estado, os atos legislativos e os atos jurisdicionais, sendo certo afirmar que a responsabilização começou a aparecer no que tange aos atos administrativos. Já no que se refere à responsabilidade do Estado por ato da função legislativa e jurisdicional, a regra continuava a ser a da irresponsabilidade¹⁴⁵.

A transição da irresponsabilidade total do Estado para a sua responsabilização, mesmo que parcial, foi tema de estudos e deu origem à teoria civilista, no âmbito do direito administrativo, objetivando a ideia da responsabilidade subjetiva, incluindo os fatores dolo ou culpa.

Sobre a aplicação da teoria subjetivista da responsabilização do Estado, ensina Weida Zancaner que “o que notabiliza a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado é a noção de culpa, podendo-se mesmo dizer que, na teoria subjetiva, a ocorrência de culpa é fundamental para a imputação da responsabilidade.”¹⁴⁶ Logo, o ato ilícito consumado pelo agente público no exercício de sua função, contrariando um preceito normativo, violando, assim, o direito de qualquer jurisdicionado, ficando configurando dolo ou culpa, ensejaria ao lesado uma indenização por parte do Estado.

Para avançarmos na responsabilização do Estado, é necessário fazermos a distinção entre seus atos de império e seus atos de gestão. O primeiro, atos de império, são aqueles perpetrados com as prerrogativas de garantidor do interesse público, este sempre prevalecendo ao interesse particular, dotado de autoexecutoriedade e coercibilidade. Desta forma, atos de império não ensejam a responsabilização do Estado, e conseqüentemente a desobrigação do dever de indenização do particular.

Sobre os atos de império, ensina Yussef S. Cahali:

Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*,

¹⁴⁴ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 21-22. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁴⁵ *Idem* - **Ibidem**.

¹⁴⁶ ZANCANER, Weida – **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 23.

restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.¹⁴⁷

Já os atos de gestão são os praticados pelo Estado através de sua administração, ficando este num patamar isonômico com seus jurisdicionados, como ensina Maria Sylvia Di Pietro: “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”¹⁴⁸.

Assim sendo, quando configurada a prática de atos de gestão, o Estado responde de forma subjetiva, ou seja, é necessária a configuração do dolo ou culpa na prática da conduta ilícita devido ao entendimento de igualdade nos atos de gestão praticados pelo Estado e o particular. Ressalta-se a evolução para teoria da responsabilidade subjetiva, na medida em que não há mais isenção completa da responsabilidade do Estado de certos atos praticados, mas fica demonstrado que existem detritos da teoria da irresponsabilidade no que tange aos atos de império.

O início do entendimento sobre a responsabilização do Estado pelos atos praticados paira sobre os atos administrativos. Como ensina o professor Ricardo Pedro, “no que se refere à responsabilidade do Estado por acto da função legislativa e jurisdicional a regra continuava a ser a da irresponsabilidade”¹⁴⁹.

Com a evolução do direito a divisão dos atos estatais deixou de ser observada, ficando consagrada “a responsabilidade do Estado em razão de todos os seus atos”, com base na configuração da culpa de forma individualizada, como elemento subjetivo, passível a ensejar em indenização ao jurisdicionado. Isso ocorreu de forma semelhante ao sistema de responsabilização civil pelos danos causados entre os particulares, em que o direito ao ressarcimento está intimamente ligado à aferição de dolo ou culpa por parte do ente estatal¹⁵⁰.

¹⁴⁷ CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 9788520352540. p. 20.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 31.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018. ISBN 978-85-309-7956-0. p. 609.

¹⁴⁹ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 22. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁵⁰ DIOGO, Cristiane Sampaio – **Teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: panorama jurídico brasileiro e responsabilidade objetiva** [Em linha]. Mato Grosso do Sul: Conteúdo Jurídico, 2017. [Consult. 23 Set. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-explicativas-da-responsabilidade-civil-do-estado-panorama-juridico-brasileiro-e-responsabilidade-objet,589588.html>. p. 4.

A ampliação da responsabilização do Estado ensejou o estudo para o reconhecimento da responsabilização do Estado por fato de terceiro, devido à necessidade de materialização do poder público, fazendo analogia às figuras do empregado e do empregador. Com ensina Weida Zancaner, “a doutrina civilista alargou, pois, seu entendimento, acerca da representação fazendo com que o preponente fosse presumidamente culpado pelo ato de seu preposto” ¹⁵¹.

É certo que a teoria de responsabilização por fato de terceiro configurou um grande passo para o início da responsabilização estatal, perdeu espaço, por não conseguir resolver os problemas provenientes da responsabilidade estatal, os quais requereram uma participação mais efetiva do Estado, para garantir o direito subjetivo do lesado. Em verdade, “não se pode equiparar o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, ao particular, despojado de autoridade e de prerrogativas públicas” ¹⁵².

Historicamente, Portugal adotou a teoria da irresponsabilidade até o início do século XX, ressaltando alguns atos administrativos que poderiam ensejar em responsabilização, como nos casos de responsabilidade pessoal dos funcionários no exercício de suas funções. Nos casos de erro de ofício ou de abuso de poder, essa previsão vinha no artigo 14.º da Constituição da República de 1822¹⁵³.

A evolução das teorias de responsabilização do Estado contra atos praticados em desfavor dos jurisdicionados é morosa, possuindo mudanças pontuais. Conforme indica o professor Ricardo Pedro,

Este regime de irresponsabilidade do Estado pela sua actuação provida de “jus imperium” foi mantido pelo Código de Seabra, de 1867, nos artigos 2399.º e 2400.º, sendo contrariado apenas em situações pontuais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo⁹⁰. No entanto, a revisão do Código de Seabra operada em 1930, pelo Decreto-lei n.º 19 126, de 16 de Dezembro, por via da alteração da redacção do artigo 2399.º, estabeleceu a responsabilidade do Estado e das Autarquias solidariamente com os seus funcionários por actos ilegais por si praticados no âmbito das respectivas competências. Por sua vez, o Código Administrativo de 1936-1937, nos artigos 366.º e 367.º, reconheceu também a responsabilidade das Autarquias por

¹⁵¹ ZANCANER, Weida – **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 25.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo brasileiro**. 39.ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. ISBN 85-203-0771-X. p. 644.

¹⁵³ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 22. Dissertação de Mestrado em Direito.

actos de gestão pública. Ainda assim, até esta data a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas é meramente solidária.¹⁵⁴¹⁵⁵

Continua Ricardo Pedro:

Entretanto, no plano constitucional, a Constituição de 1933, no seu artigo 8.º/17, consagrou o direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme disposição da lei ordinária. Assim, tal direito só seria reconhecido se uma lei ordinária expressamente o reconhecesse, o que só aconteceria em casos muito pontuais. Quanto à responsabilidade por acto da função legislativa manteve-se a regra da irresponsabilidade. Já no que se refere à responsabilidade por função jurisdicional, o Código de Seabra prescreveu disposições especiais nos artigos 2401.º, 2402.º e 2403.º vigorando em regra o princípio da irresponsabilidade, com algumas excepções, nomeadamente por “erro judiciário” (cf. artigo 2403.º).¹⁵⁶

Fica evidente que a evolução da responsabilização do Estado, em seus três fatores, ocorreu de forma gradativa, ficando para o direito português positivada a responsabilização dos atos executivos consagrados pela Constituição de 1822, depois ratificada pelo Código de Seabra.

¹⁵⁴ PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 23. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁵⁵ Código de Seabra de 1867 «Artigo 2399.º – Os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos, que causem no desempenho das obrigações que lhe são impostas pela lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei».

«Artigo 2400.º – Se os ditos empregados, excedendo as suas atribuições legais, praticarem actos, de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os simples cidadãos».

Nova redacção do “Artigo 2399.º - Os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos que causem no desempenho das obrigações que lhe são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com eles responsáveis as entidades de que foram serventuários”.

“Artigo 366.^a – O concelho, a freguesia e a província (o distrito, a partir de 1959) respondem civilmente pelas perdas e danos resultantes das deliberações dos respectivos corpos administrativos ou dos actos que os seus órgãos executivos, funcionários, assalariados ou representantes praticarem com ofensa da lei, mas dentro das respectivas atribuições e competências, com observância das formalidades essenciais e para a realização dos fins legais.

§ Único – Os concelhos respondem ainda, nos termos estabelecidos neste artigo, pelos actos dos administradores e gerentes dos serviços municipalizados e das juntas de turismo, e os concelhos e as freguesias pelos actos dos órgãos das federações de municípios e das uniões de freguesias, respectivamente”.

“Artigo 367.º – Os presidentes, vogais, funcionários, assalariados ou representantes dos corpos administrativos, e bem assim os administradores e gerentes dos serviços municipalizados, federações de municípios e uniões de freguesias, são pessoalmente responsáveis pelos actos em que intervenham e de que resultem para outrem perdas e danos, sempre que aqueles não tenham sido praticados dentro das suas atribuições e competência, com observância das formalidades essenciais e para a realização dos fins legais”.

¹⁵⁶ PEDRO, Ricardo - **Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa. p. 22. Dissertação de Mestrado em Direito.

No que tange à responsabilização pelos atos legislativos, o direito português, como menciona o professor Ricardo Pedro, ficou-se inerte na evolução da teoria da responsabilização, diferente do que ocorreu nos casos dos atos jurisdicionais, nos quais a responsabilização do Estado foi positivada ainda no Código de Seabra em seus artigos 2.401, 2.402 e 2.403¹⁵⁷, ficando claro que a regra ainda era da teoria da irresponsabilidade, ou seja, apenas nos casos de flagrante erro judiciário que o Estado seria responsabilizado, como ensina Ricardo Pedro.

No Brasil, a responsabilização estatal teve sua evolução com a aplicação de teorias, começando pela teoria da irresponsabilidade acima mencionada e conceituada, a teoria da responsabilidade com culpa, também mencionada acima, a teoria da culpa administrativa e a teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da culpa administrativa defende que o Estado responderia também pelos atos de império que decorressem do exercício de sua função, e não somente por atos de gestão. Segundo essa teoria, não havia a necessidade de identificar o agente estatal gerador do dano, apenas de demonstrar o mau funcionamento do serviço público.

Nessa perspectiva, a doutrina administrativista denominou tal situação de culpa anônima ou falta do serviço. A ausência do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, e se fazia substancial a demonstração do nexo de causalidade entre o fato danoso com o mau funcionamento do serviço.

Com a evolução da teoria da culpa administrativa surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria do risco, que parte do pressuposto de que é inerente à função e atuação do Estado o risco de dano, devendo este suportar a reparação de todo ou qualquer dano ocasionado ao jurisdicionado sem a necessidade de demonstração de culpa, ou seja, o nexo de causalidade, em regra, nesse caso é presumido.

¹⁵⁷ Código de Seabra de 1867: “Artigo 2401.º – Os juizes serão irresponsáveis nos seus julgamentos, excepto nos casos, em que, por via de recursos competentes as suas sentenças forem anuladas ou reformadas por sua ilegalidade, e se deixar expressamente aos lesados direito salvo para haverem perdas e danos, ou se os mesmos juizes forem ultados ou condenados nas custas, em conformidade do código de processo”.

“Artigo 2402.º - O que fica disposto no artigo precedente não obsta às acções, que podem ser intentadas contra os juizes, pelos crimes, abusos ou erros de officio, que cometam no exercício de suas funções”.

“Artigo 2403.º - Mas, se alguma sentença criminal for executada, e vier a provar-se depois, pelos meios legais competentes, que fora injusta a condenação, terá o condenado, ou os seus herdeiros, o direito de haver reparação de perdas e danos, que será feita pela fazenda nacional, precedendo sentença controvertida com o ministério público em processo ordinário”.

A teoria da responsabilidade objetiva foi reconhecida e positivada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1946, no artigo 141, 37, e no artigo 194¹⁵⁸. Foi assegurado ao indivíduo o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade dessas autoridades públicas. Continua o constituinte afirmando que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsabilizadas na seara civil pelos danos que os seus funcionários, no exercício de suas funções, causem a terceiros, podendo o Estado aviar ação regressiva contra os funcionários causadores do dano quando houver culpa por parte destes.

A teoria da responsabilidade objetiva é adotada no Brasil até os dias atuais. O poder constituinte derivado em 1998, seguindo os ditames da constituição de 1946, acrescentou no seu artigo 37 o parágrafo 6º¹⁵⁹, que impõe a responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do funcionário nos casos de culpa comprovada desse funcionário.

A teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro tem como caracterização a conduta estatal. Não se fala em culpa ou dolo, a responsabilização do Estado se dá em razão da caracterização de um ato lícito ou ilícito capaz de produzir lesão ao jurisdicionado, bastando apenas a demonstração da relação entre um ato praticado e o resultado danoso.

Brasil e Portugal tiveram a evolução sobre a responsabilização civil do Estado por atos ilícitos práticos de forma quase que conjunta, tendo as mesmas influências para a adoção de determinadas teorias como, por exemplo, o direito francês, no que tange à teoria da irresponsabilidade. O que podemos diferenciar entre os dois ordenamentos jurídicos é a influência do direito internacional nos Estados, tendo em vista que o direito português tem forte influência do parlamento europeu e das normas internacionais por este imposta, bem como pelas cortes europeias internacionais de justiça, que têm como substrato riquíssimo jurisprudência

¹⁵⁸ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

¹⁵⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

sobre o assunto de responsabilização civil do Estado pelo “anormal funcionamento da administração da justiça” ¹⁶⁰.

4.4 Responsabilidade do Estado perante a configuração da omissão do juiz frente aos casos urgentes

É necessário fazermos uma separação do subcapítulo que trata sobre a responsabilidade do Estado sobre os atos praticados, tendo em vista que a evolução histórica se deu de forma separada, ou seja, atos de gestão, atos legislativos e atos jurisdicionais evoluíram separadamente, em tempo distinto.

Neste subcapítulo nos ateremos apenas à responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da justiça, no que tange à omissão perpetrada pelo juiz frente às decisões urgentes, que, por sua natureza, merecem mais atenção e efetividade temporal.

No que concerne à responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da justiça, temos como referência doutrinária o professor Ricardo Pedro, que em sua obra “Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça” trouxe de forma pormenorizada o tema acima mencionado.

Na esfera da responsabilização do Estado, nos casos de descumprimento de mandamento legal e que cause efetivo prejuízo ao jurisdicionado, a responsabilidade do Estado é assegurar aos jurisdicionados as condições imprescindíveis para a busca de justiça.

O poder estatal, em sua divisão, pelo poder judiciário, tem como escopo principal a entrega da prestação jurisdicional nos prazos e limites que o ordenamento jurídico instituiu.

No que tange à responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça, que se tem como pressuposto inicial aplicar a eficácia imediata do direito à reparação dos danos causados pelo Estado, através de seus entes públicos, como uma das faces do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva¹⁶¹.

O direito a indenização pelos danos sofridos, pela má condução dos atos jurisdicionais, teria como causa de existir a natureza de instrumento inibidor, para que o direito ao acesso efetivo ao judiciário seja contemplado ao jurisdicionado. Sobre a ideia de o direito de

¹⁶⁰ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 61-63.

¹⁶¹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 49.

indenização devido a atos ilícitos perpetrados pelo Estado ser um instrumento do acesso efetivo à justiça, leciona Ricardo Pedro:

A íntima ligação entre o direito a ser indemnizado pelo mau funcionamento da administração da justiça e o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva leva à consideração de que aquele direito à reparação possa ser invocado directamente e por si mesmo quando se encontrem vulnerados direitos fundamentais por força da falta de efectividade – assim o impõe a leitura conjugada dos artigos 22.º, 20.º e 18.º da Constituição.¹⁶²

Sustenta a doutrina que o dever de indenização do Estado frente a danos causados pela administração da justiça, no que se refere à sua ineficiência, que tem como escopo principal a morosidade judicial, é observar todas as outras violações do direito à tutela jurisdicional efetiva que dão escopo ao funcionamento defeituoso da justiça, gerando o direito à indenização pelos danos porventura causados¹⁶³.

O papel do Estado de entregar uma tutela jurisdicional efetiva deve ser observado como decorrência do princípio de legalidade, que vincula toda ação do Estado, tendo em vista que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, pelo Estado, ou seja, aquele que a editou. Certo que a lei é elaborada para a regulamentação social, é necessário o seu integral cumprimento pelo próprio Estado¹⁶⁴.

Decerto que a natureza da atividade jurisdicional é a aplicação da norma jurídica, em regra, de forma contenciosa nos casos trazidos a jurisdição, visando firmar o conflito através de uma solução justa, trazendo a sensação de efeito pacificador.

Devido à absorção da responsabilidade do Estado em tutelar os direitos dos indivíduos, retirando deles o poder da autotutela, não é possível afastar a exigência da obrigação do Estado em garantir que seja aplicada a norma jurídica de forma efetiva.

A atividade jurisdicional é trazida ao nível de função essencial estatal, não havendo quaisquer diferenciações das funções legislativa e executiva, tonando-se dever de todos os poderes o cumprimento dos ditames legais, sendo que o seu descumprimento ensinará no dever de reparação do dano causado.

¹⁶² PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 49.

¹⁶³ *Idem* – *Ibidem*.

¹⁶⁴ DELGADO, José Augusto – **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional** [Em linha]. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina. [Consult. 07 Set. 2018]. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9702-9701-1-PB.pdf>. p. 2.

Não há como desvencilhar a função jurisdicional do Estado, com as demais funções, pois, como já dito alhures, a função jurisdicional é fator primordial para a caracterização dos direitos e garantias fundamentais, ensejando assim obrigações ao Estado em efetivá-la. Configurado o dano ao jurisdicionado provocado pelo Estado, por qualquer ato comissivo ou omissivo de seus agentes os representando em seus serviços, surge o dever de indenização, como reparação posterior ao dano causado.

Para o melhor entendimento da responsabilização do Estado pelos atos jurisdicionais, é imperioso distinguirmos as expressões “atos judiciais” e “atos judiciários”. Atos judiciais têm como elemento os atos jurisdicionais do juiz, aqueles alusivos à função específica da carreira da magistratura ¹⁶⁵. Referem-se a toda atividade exercida pelo juiz nos atributos de sua função como tomadas de decisões, proferimentos de despachos ordinatórios, bem como o cumprimento de prazos impostos pela legislação. Atos judiciários é uma expressão que tem sido reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário. Como todo poder do Estado, o Judiciário produz inúmeros atos de administração, além daqueles que correspondem efetivamente à sua função típica. São, portanto, atos administrativos diversos dos atos jurisdicionais, estes peculiares ao exercício de sua função ¹⁶⁶.

Em alusão aos atos judiciários, aplicar-se-á sobre eles a responsabilidade civil objetiva, quando presentes os pressupostos para sua configuração. Podemos asseverar que se adequam todos os atos dos órgãos que apoiam administrativamente, bem como o órgão judicial do Poder Judiciário e todos os atos praticados pelos agentes do Poder Judiciário.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal:

No que condiz aos atos judiciais típicos, estes são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado ¹⁶⁷. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição ¹⁶⁸.

¹⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 28.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6. p. 689.

¹⁶⁶ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **RE 429.518-SC**. Publicação DJ 14/09/2004 PP- 00040 [Em linha]. Brasília: STF, 2004. [Consult. 05 Out. 2018]. Disponível em www.stf.jus.br. p. 2.

¹⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **RE 111609 / AM – AMAZONAS** [Em linha]. Brasília: STF, 2004. [Consult. 05 Out. 2018]. Disponível em www.stf.jus.br. p. 5.

Sobre a responsabilização dos atos judiciais típicos, a doutrina majoritária e jurisprudência no Brasil entende que o instituto da coisa julgada, aplicável às decisões judiciais, tem o intuito de dar definitividade à solução dos litígios, obediente ao princípio da segurança das relações jurídicas. Assim, se a decisão judicial causou prejuízo à parte e esta não se valeu dos recursos para revê-la, sua inércia a impede de reclamar contra o ato prejudicial. Se, ao contrário, o ato foi confirmado em outras instâncias, é porque ele tinha legitimidade, sendo, então, inviável a produção de danos à parte¹⁶⁹.

Mas dentro deste contexto existe a possibilidade de responsabilização pelos atos judiciais típicos, nos casos em que o juiz pratica ato jurisdicional com o intuito deliberado de causar prejuízo à parte ou a um terceiro. Configura-se, assim, conduta dolosa, e revela, sem dúvida, uma violação a dever funcional, como trazido pela Lei Orgânica da Magistratura em seu artigo 49¹⁷⁰. O legislador, ao editar o artigo 143, I e II, do Código de Processo Civil¹⁷¹, reproduziu os ditames da lei orgânica da magistratura, ambos trazendo a possibilidade de responsabilização da pessoa do juiz solidariamente com o Estado, quando configurada a intenção em causar o dano.

Nesse caso, a responsabilidade é individual do juiz, cabendo-lhe, em consequência, o dever de reparar os prejuízos que causou. Contudo, ninguém pode negar que o juiz é um agente do Estado. Sendo assim, não pode deixar de incidir também a regra do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal brasileira, que determina civilmente responsável a pessoa jurídica federativa (a União ou o Estado-Membro), ficando assegurado, porém, o direito a ação de regresso contra o juiz. Para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, reconhece-se que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou,

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 28.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6. p. 690.

¹⁷⁰ Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

¹⁷¹ Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

ainda, contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa¹⁷².

Como exceção, o ato judicial causador do dano pode ter sido praticado de forma culposa, nos casos em que o juiz profere decisão de modo negligente, sem ter apreciado devidamente as provas produzidas no processo. Nesse caso, não fica caracterizado dolo do julgador em causar prejuízo ao jurisdicionado.

Nos processos criminais, o Código de Processo Penal brasileiro prevê a responsabilidade civil do Estado. Trata-se da revisão criminal, ação especial que visa à desconstituição de sentença que contenha erro judiciário. O artigo 630 desse Código¹⁷³ prevê a possibilidade da parte recorrer arguindo uma revisão criminal, e poderá o tribunal reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos causados. Essa norma foi abraçada pelo artigo 5º, LXXV, da Constituição brasileira, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Isso significa que se o indivíduo é condenado em virtude de uma sentença que contém erro judicial, inclusive por conduta culposa do juiz, ele tem direito à reparação dos prejuízos, a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado¹⁷⁴.

Os atos judiciais de natureza penal podem gerar responsabilidade civil ao Estado e ao juiz, mesmo que de forma culposa. No entanto, não se pode dizer o mesmo em relação a atos de natureza cível, de acordo com a doutrina e a jurisprudência pátria.

Como regra, conforme já visto, os atos jurisdicionais decorrentes de conduta culposa do juiz na área cível não ensejavam a responsabilidade civil do Estado, pois afinal teria o interessado os mecanismos recursais com vista a evitar o dano.

¹⁷² No sentido da alternativa, ver PORTO, Mário Moacyr - **Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes**, p. 9-14; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva - **Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro**, p. 27. Contra, admitindo apenas a responsabilidade do Estado, ver SILVA, Juary – **A Responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 216-220.

¹⁷³ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 28.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6. p. 690.

O texto abrigado no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal brasileira¹⁷⁵ dá margem a dúvidas, visto que se limita a mencionar o condenado por erro judiciário sem especificar de qual tipo de condenação se trata, se cível ou criminal. Não obstante, parece-nos inteiramente cabível distinguir os atos tipicamente jurisdicionais do juiz – normalmente praticados dentro do processo judicial – dos atos funcionais, ou seja, daquelas ações ou omissões que digam respeito à atuação do juiz fora do processo. Neste último caso, diferentemente do que sucede naqueles, se tais condutas provocam danos à parte sem justo motivo, o Estado deve ser civilmente responsabilizado, ainda que o juiz tenha agido de forma apenas culposa.

O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal brasileira é claro ao fixar a responsabilidade estatal por danos que seus agentes causarem a terceiros, e entre seus agentes se encontram, à evidência, inseridos os magistrados. É o caso, por exemplo, em que o juiz retarda, sem justa causa, o andamento de processos; ou perde processos por negligenciar em sua guarda; ou deixa, indevidamente, de atender a advogado das partes; ou, ainda, pratica abuso de poder em decorrência de seu cargo¹⁷⁶.

Contudo, uma questão que traz debates calorosos é a que consiste em saber se há responsabilidade civil do Estado pela violação do princípio da “duração razoável do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal”¹⁷⁷.

Para alguns estudiosos, se a violação decorrer de falha no serviço judiciário ou em paralisações injustificadas do processo, o Estado está sujeito à responsabilidade objetiva, com base no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal¹⁷⁸.

É cediço afirmar que, ainda majoritariamente nos casos de atrasos no processo, a doutrina entende que a duração razoável é expressão fluida e sem densidade de exatidão. A ofensa ao referido princípio implicará sempre a investigação sobre a forma como se desenvolveu o serviço, de modo que a conclusão a que chegar o intérprete terá que enveredar

¹⁷⁵ Art. 5º (...)

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 28.ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6. p. 692

¹⁷⁷ Art. 5º (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁷⁸ ANDRÉ LUIZ NICOLITT *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Op. Cit.** 704.

pelo terreno da culpa no serviço. A hipótese, pois, é a de incidência da responsabilidade subjetiva, devendo ser demonstrada a culpa¹⁷⁹.

Faz-se necessário, para o melhor entendimento sobre a configuração da responsabilidade pela omissão do juiz e pela morosidade, lançarmos mão dos ensinamentos do professor Ricardo Pedro, que diz: a omissão pode ser distinguida entre omissão pura ou de passividade na adoção de atos no processo declarativo principal, de medidas cautelares ou de condutas de execução na atividade de administração da justiça que, pela sua gravidade e transcendência, tenham levado à ineficácia da tutela jurisdicional efetiva, configurando mau funcionamento da administração da justiça¹⁸⁰. Continua Ricardo Pedro:

(...) estão aqui incluídas todas as omissões indevidas que poderão ter lugar na administração da justiça, quer se trate de omissões no exercício da função jurisdicional, quer da administração da justiça em sentido amplo, e, portanto, omissões do juiz e de todo o pessoal ao serviço da administração da justiça.¹⁸¹

O mau funcionamento da administração da justiça pela omissão do juiz em sua função jurisdicional se apresenta sob duas vertentes: a omissão no exercício da função jurisdicional típica e a omissão no exercício jurisdicional atípico, que se traduz numa função meramente administrativa. Contudo, a omissão jurisdicional, em seu sentido amplo, resulta principalmente da inatividade do juiz ou de qualquer outro agente público responsável pelo impulso processual, podendo também ser de um órgão, de vários sujeitos ou de vários órgãos distintos. Embora a adoção de medidas concretas seja exigida a um tribunal específico, sua inatividade pode resultar da falta de expediente de um outro tribunal ou entidade judiciária¹⁸².

O mau funcionamento encontra a sua concretização em muitas das situações de omissões indevidas, cuja situação mais grave se centra na omissão total da prestação jurisdicional e a mais comum no retardamento indevido daquela prestação¹⁸³.

A premissa do mau funcionamento da atividade jurisdicional, consubstanciado pela morosidade é objeto de pesquisa, tendo em vista que a morosidade enseja na violação do direito

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 28.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9738-6. p. 704.

¹⁸⁰ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 362.

¹⁸¹ Idem – *Ibidem*.

¹⁸² Idem – *Op. Cit.* p. 363.

¹⁸³ Idem – *Ibidem*.

a uma decisão em prazo razoável. Como descreve Ricardo Pedro, a violação a uma decisão no prazo razoável representa o típico caso de mau funcionamento¹⁸⁴.

Quando se fala em responsabilização pela omissão e consequentemente pela morosidade, deve-se dar atenção para dois aspectos. O primeiro diz respeito ao fato de a violação do direito a uma decisão em prazo razoável se apresentar como um conceito indeterminado, mas determinável, que revela um modo próprio de concretização. Para tal, muito tem contribuído o vasto trabalho do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sobre o qual se deve ter em conta os critérios de determinação do conceito de prazo razoável, que são: “a) complexidade do caso, b) conduta do requerente, c) conduta das autoridades e d) importância do litígio para o interessado¹⁸⁵. O segundo aspecto se relaciona com o fato de o legislador ter consagrado um regime especial para a reparação de danos causados por morosidade nos processos laborais urgentes por despedimento ilícito¹⁸⁶.

Diante de uma omissão que gerará fatalmente morosidade, violando assim o direito a uma decisão em prazo razoável, acarretando sérios prejuízo à parte litigante, deverá o Estado ser responsável civilmente pelos danos suportados.

Com a devida vênia, discordamos da posição da doutrina majoritária brasileira, abalizando-se pelos ensinamentos doutrinários português, pois a configuração da responsabilização por ato jurisdicional típico não se resume apenas em suposto erro *in judicando*. O juiz, ao deixar de apreciar um pedido incidental, incorre em omissão, não respeitando o prazo razoável do processo. Com isso, não há que se falar em investigação das causas, devido a ser um ato omissivo, e tal ato ser de difícil produção de probatória.

Igualmente, outra situação que causa prejuízo ao jurisdicionado é a omissão jurisdicional não ser amparada pela legislação, com a existência de possibilidade de interposição de recursos, ficando a parte litigante extremamente prejudicada, pois não há nada que se fazer.

Diante da configuração da responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça, não poderíamos ficar silentes quanto às excludentes do dever de indenizar, que excluem a responsabilidade do Estado.

¹⁸⁴ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 364.

¹⁸⁵ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁸⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 363.

Entre as hipóteses de exclusão de ilicitude, isentando o dever do Estado de indenizar, estão a culpa da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito, a força maior e o estado de necessidade.

Configurada a culpa exclusiva da vítima, concorrendo exclusivamente para o dano contra si ocorrido, não há que se falar em configuração de responsabilidade civil e, consequentemente, em dever de indenizar.

Quando configurada a culpa de terceiro, o fundamento da excludente da responsabilidade segue o mesmo caminho da culpa exclusiva da vítima, devido à ação direta de terceiro, interferindo danosamente na relação jurídica entre particulares e Poder Público. Este, após demonstrar haver tomado os cuidados usuais, fica isento da responsabilidade, sendo certo que a excludente só ocorrerá se ficar provado que o Estado não concorreu, de nenhum modo, para a existência do fato lesivo.

Por caso fortuito e de força maior podemos entender por fato da natureza, isentando, assim, o Estado do dever de indenizar, mesmo havendo prejuízo ao jurisdicionado. É necessário, contudo, que seja esse fato da natureza comprovadamente irresistível, inevitável e imprevisível.

No caso do estado de necessidade, não responderá o Estado quando os danos provocados resultarem de sua atuação por estado de necessidade. Vem à tona a preponderância de interesses gerais públicos sobre os interesses particulares.

Ante a apresentação das possibilidades de responsabilização do Estado nos casos de omissão no cumprimento de ato judicial, bem como a possibilidade de excludente de tal responsabilidade, necessário se faz passarmos a investigação para a possibilidade de responsabilização do Estado nos casos de omissão jurisdicional de acordo com a teoria da perda de chance.

É certo que a teoria da perda de chance ainda tem seguidores a seu favor e outros que repugnam a possibilidade, devendo esta matéria ser debatida, pois os tribunais em sua maioria, mesmo que comedidamente, já adotam a aplicação de tal teoria nos casos de responsabilidade civil.

A teoria da perda de chance ou oportunidade se trata de uma idealização doutrinária e jurisprudencial, com início histórico na França, fixando como uma outra categoria de dano, tendo em vista que a responsabilidade civil se configura quando ocorridos danos materiais, danos morais e danos estéticos.

A perda de chance se traduz na privação da possibilidade de se obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, sem que se saiba se a vantagem a obter ou o prejuízo a evitar se concretizariam caso a chance não se tivesse perdido¹⁸⁷.

Desta maneira, a perda de chance se trata de um dano de difícil verificação, o dano que se origina a partir de uma oportunidade perdida, pois está ligado a uma probabilidade, uma situação que possivelmente aconteceria caso a conduta do agente violador não existisse. Por isso, aproxima-se dos danos eventuais que não são passíveis de indenização, sendo essa teoria rechaçada.

A ideia nuclear da teoria da perda de chance é a possibilidade de responsabilização do agente, quando demonstrado o impedimento da vítima em alcançar o direito almejado, impedindo-a de exercer benefícios consequente da ação, ou até mesmo de evitar uma desvantagem. Assim, de acordo com a teoria, a vítima garante a obtenção da reparação civil, devido à frustração da expectativa. De acordo com o voto condutor da Desembargadora Cristina Neves,

a perda de chance reporta-se obviamente à probabilidade de concessão do direito, certo que se trata de expectativa de direito e com isso poderá ocorrer fatores que o impossibilite, visando-se com esta teoria, como refere o acórdão do STJ (05/02/13) distribuir o risco da incerteza causal entre as partes envolvidas, isto é, o lesante responde apenas na proporção e na medida em que foi autor do ilícito, traduzindo uma solução equilibrada que pretende conformar-se com uma sensibilidade jurídica a que repugna a desoneração do agente danoso por dificuldades probatórias, mas, também, que não comina a reparação da totalidade do dano que, eventualmente, não cometeu.¹⁸⁸

Continua em seu voto a Desembargadora Cristina Neves:

a jurisprudência é pioneira na teorização da perda de chance, referindo-se, em regra, aos casos em que o lesado se encontra numa situação de desequilíbrio ou de desigualdade de armas relativamente ao agente, porque carece de conhecimentos e meios para fazer apreciar e demonstrar a existência da causalidade, atenuando as dificuldades da prova, tendo ainda como efeito distribuir entre as partes a carga da incerteza, mas fazendo incidir sobre o lesante, apenas, a responsabilidade proporcional à medida do dano que causou. Porém, a questão da perda de oportunidade diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou da imputação objetiva, mas antes à teoria da causalidade física, e, tanto assim é, que a teoria da perda de chance conduz a um alargamento dos casos de responsabilidade, enquanto que a

¹⁸⁷ LEITÃO, António Pedro Santos – **Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático**. Coimbra: Universidade de Coimbra. p. 08. Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁸⁸ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – **AC 3906/17.4T8VIS.L1-6**. 16/05/2019 [Em linha]. Lisboa: 2019. [Consult. 11 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4cb51f0db0d1f38680258402003297e8?Op=OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,civil,por,perda,de,chance>. p. 4.

teoria da causalidade jurídica ou da imputação objetiva leva a uma restrição dos mesmos.¹⁸⁹

A teoria da perda de chance funda na prática de um ato ilícito ou no abuso de direito que impossibilita a obtenção de algo que era esperado pela vítima, seja um resultado positivo ou negativo, consubstanciado na não ocorrência de um prejuízo, gerando um dano a ser reparado.

Quando tratamos da perda de chance, devemos diferenciar a ocorrência de dano dos danos materiais e morais, pois estes são de natureza objetiva. Já o dano perpetrado pela perda de chance é de difícil diagnóstico, devendo ser analisada a probabilidade do resultado pretendido.

Dentro da existência da teoria da perda de chance, é oportuno destacar que o Estado poderá ser responsabilizado com base nessa teoria, sendo que a omissão do julgador frente a casos urgentes pode gerar danos ao jurisdicionado que merecem reparação, tendo em vista que a omissão do Estado elimina a possibilidade de o jurisdicionado ver sua pretensão legítima frustrada, causando prejuízos que podem ser imensuráveis.

4.5 Ausência de instrumentos imediatos e efetivos nos casos de omissão do juiz frente aos pedidos urgentes

Nos tópicos anteriores foram mencionados os instrumentos correcionais para o caso de atos comissivos e omissivos do juiz, a possibilidade de recurso se houver uma decisão sobre os pedidos urgentes e a possibilidade de responsabilização do Estado pelo cometimento de atos ilícitos de seus agentes. Contudo, o que este trabalho tem o fito de demonstrar é a falta de instrumentos imediatos quando nos deparamos com a omissão do juiz frente a casos urgentes.

A parte processual, quando busca a guarida estatal, deseja ver seu pedido resguardado, dentro de um prazo razoável, ser julgado de forma satisfatória. No nosso caso, dos operadores do direito, desejamos ver o caso sendo julgado e sendo respeitados todos os direitos e garantias trazidos pelas legislações domésticas e internacionais, perseguindo a efetiva justiça.

¹⁸⁹ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA – AC 3906/17.4T8VIS.L1-6. 16/05/2019 [Em linha]. Lisboa: 2019. [Consult. 11 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4cb51f0db0d1f38680258402003297e8?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,civil,por,perda,de,chance>. p. 4.

Ocorre que em determinadas contendas judiciais as partes trazem para o judiciário casos de extrema urgência que precisam de apreciação imediata, pois o direito ali em risco poderá perecer com a morosidade, tornando inútil o efeito do processo e indo de encontro aos preceitos do acesso à justiça.

Quando nos deparamos com uma decisão, num pedido de tutela de urgência antecipada ou procedimento cautelar, podemos lançar mão dos recursos cabíveis que, no caso do Brasil, trata-se do agravo de instrumento regulamentado pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil. No ordenamento jurídico português temos a figura do recurso ordinário de apelação, previsto no artigo 644 do Código de Processo Civil.

Para os casos em que fique configurada a omissão do juiz em sua função jurisdicional típica, ensejando assim em algum dano ao jurisdicionado, é possível lançar mão das ações de responsabilização do Estado, para haver, posteriormente, ressarcimento dos prejuízos suportados, lembrando que muitos prejuízos são imensuráveis patrimonialmente.

Contudo, no que se refere à omissão do juiz frente ao caso urgente, onde este tem o dever de se manifestar positiva ou negativamente sobre o pedido urgente colocado, mas deixa de apreciar tal pedido antecipatório, ficam as partes sem qualquer recurso cabível para ver seu pedido apreciado pelo Estado Juiz.

Como sabemos, os juízes possuem prazos a serem cumpridos, mas tais prazos são impróprios, ou seja, não preclusivos, ou até mesmo não vinculativos. O juiz não está obrigado ao seu cumprimento, pelo fato de sempre haver a justificativa de acúmulo de trabalho, o isentando de qualquer sanção a ser imposta.

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 226, com correspondência com o artigo 219¹⁹⁰, nos casos das decisões interlocutórias o prazo para proferimento de decisão é de dez dias úteis, lembrando que tal prazo é impróprio.

Deste modo, a legislação brasileira, no artigo 235 do Código de Processo Civil¹⁹¹, inovou em relação aos prazos a serem cumpridos pelos juízes, e estabeleceu mecanismos para

¹⁹⁰ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

¹⁹¹ Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

desencadear a apuração de responsabilidade disciplinar do magistrado que não cumprir o prazo fixado no Código.

O estabelecimento de prazos para o juiz e a possibilidade de representação contra o magistrado que eventualmente não observe o estipulado não altera a natureza do prazo, que continua sendo imprópria, na medida em que sua inobservância, em princípio, não produzirá efeitos processuais em relação ao desfecho da causa.

Contudo, o artigo 235 do Código de Processo Civil versa sobre a possibilidade das partes, Ministério Público, Defensoria Pública, proporem uma representação ao corregedor do Tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra o juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

Ocorre que o procedimento descrito na lei, primeiro, deixa a critério o alargamento do prazo para as leis, regulamentos e regimentos internos dos tribunais; segundo, o procedimento, somando os prazos trazidos pela legislação, dará quarenta e oito dias úteis até obter uma decisão. Fica vertente que tal dispositivo não corrobora as medidas urgentes, apenas as medidas que não precisam de um posicionamento urgente.

O ordenamento jurídico português, em seu Código de Processo Civil, mais precisamente no artigo 363.º, 2, também traz prazos para nos casos urgentes os juízes decidirem, devendo ser decidido no prazo de dois meses, ou nos casos *inaudita altera pars*, o prazo de quinze dias. Mesmo com tal imposição os prazos são demasiadamente extensos, e o juiz não está imediatamente vinculado a eles.

Neste sentido, existe também no ordenamento jurídico português, mais precisamente no Código de Processo Penal em seus artigos 108.º e 109.º, a possibilidade, nos processos criminais, de pedir aceleração do processo. O pedido é feito ao Procurador Geral da República nos casos em que tiver o Ministério Público sob a direção processual ou ao Conselho Superior da Magistratura, nos casos que tramitarem perante o juiz ou Tribunal.

§ 1o Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2o Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1o, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3o Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.

Tendo como procedimento do pedido de aceleração processual, o juiz ou o Ministério Público instruem o pedido com os elementos disponíveis e relevantes para a decisão e remetem o processo, assim organizado, em três dias.

Neste passo, o Procurador-Geral da República profere despacho no prazo de cinco dias, nos casos em que a decisão competir ao Conselho Superior da Magistratura. Uma vez distribuído o processo vai à primeira sessão ordinária ou à sessão extraordinária, se nisso houver conveniência, observando que não há um prazo estipulado. Após a instrução do pedido de aceleração, não poderá a decisão passar dos quinze dias.

Dentro desta perspectiva, nos deparamos com um problema, pois temos casos urgentes, que envolvem direitos e garantias fundamentais tais como vida, liberdade, segurança, propriedade, dentre outros, e que os juízes não possuem uma vinculação imediata para o cumprimento de prazos a eles impostos. Mesmo que cumprissem, percebemos que tais prazos são demasiadamente extensos.

Assim, frente à omissão comprovada do magistrado, as partes ficam sem qualquer instrumento ou meio para ver seu pedido urgente satisfeito, devendo ser construído entendimento sobre a solução de tal problema.

Muito cuidado devemos ter, na análise de criação de instrumentos recursais, nos casos de omissão do juiz frente aos casos urgentes, como meio de haver a remessa automática do processo para a instância superior ou para o juízo tabelar, pois feriria princípios constitucionais e internacionais processuais, como o princípio do juiz natural e o princípio da identidade física do juiz, princípios esses, que têm como escopo a preservação do julgamento correto pelo juiz que conhece a causa e é competente para julgá-la.

Sem o intuito de esgotamento da matéria, devido à sua complexidade e importância, a solução primeira viável seria a realização de alteração legislativa dos códigos de processos brasileiro e português para o estabelecimento do critério de prazo próprio para juízes, nos casos urgentes, ressalvadas as sanções futuras e a responsabilização que poderá vir a ocorrer.

A omissão tratada no presente trabalho não é exclusiva dos juízes de primeira instância, podendo ser extensiva e ocorrer no juízo de segunda instância, que também deverá ser combatida.

Ressalvada a responsabilização do Estado pelo mau funcionamento da justiça e do próprio juiz pelos atos judiciais, devido à morosidade e eventual dano causado ao jurisdicionado, bem como as sanções disciplinares, importa debruçarmos neste momento para

a solução da omissão do Estado Juiz na apreciação da tutela de urgência frente à efetividade jurisdicional.

Dentro da ideia de efetividade dos atos judiciais, é necessária a construção doutrinária para a modificação da natureza dos prazos dos julgadores, que a princípio são impróprios para próprios, no que tange à tomada das decisões dos casos urgentes, figurando como uma evolução para o cumprimento efetivo das funções dos juízes dentro do prazo legal, coibindo a postergação da tomada de decisões.

Assim, havendo a modificação da natureza dos prazos para as decisões urgentes, o não cumprimento geraria a preclusão temporal do ato de decidir e, como consequência, o indeferimento tácito da medida de urgência, sendo que tal alteração de entendimento doutrinário não feriria a função típica do legislativo, tendo em vista ser a doutrina uma fonte auxiliar do direito.

Com a mudança de entendimento da natureza dos prazos processuais dos juízes, configurada a omissão do juiz, isso acarretaria a possibilidade de o pedido ser indeferido tacitamente. Tal medida se justifica pelo fato dos pedidos antecipatórios de urgência terem que cumprir requisitos para o deferimento, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, o efetivo perigo de perecimento do direito ou a configuração de dano irreparável e a possibilidade de reversibilidade. Com isso, não seria viável nos posicionarmos no sentido de deferimento tácito da medida.

Com o indeferimento tácito da medida urgente, abre-se para a parte processual solicitante a possibilidade recursal, pois da omissão perpetrada nasce uma decisão tácita de indeferimento, salvaguardando a responsabilização disciplinar e pecuniária desse julgador, em eventual configuração de danos.

Com a interposição dos recursos cabíveis, agravo de instrumento no Brasil e recurso de apelação em Portugal, o recurso será distribuído para o relator, seguindo os trâmites normais de seus regimentos internos, que terão a função de analisar liminarmente o pedido urgente antecipatório, objeto do recurso, que deverá obedecer os quesitos de efetividade, devendo julgar antecipadamente ou levar o julgamento ao colegiado.

Noutro bordo, com a mudança de entendimento doutrinário, pode-se considerar viável a responsabilização objetiva do juiz frente às omissões, para que, no aspecto punitivo pedagógico, as sanções diretas na pessoa do julgador atinjam sua esfera patrimonial, causando efeito psicológico disciplinar.

Salientamos, para uma efetiva e concreta solução, respeitando a separação dos poderes da república e a função típica do poder legislativo, a possibilidade de alteração legislativa da norma processual, com fito na possibilidade real e concreta de coibir a inefetividade jurisdicional frente a casos urgentes.

CONCLUSÃO

O direito do cidadão ao acesso efetivo à justiça é um direito fundamental que garante a todos o direito a uma efetiva prestação jurisdicional, e não apenas o direito a uma simples manifestação perante o Poder Judiciário. Por muito tempo entendeu-se que o acesso à justiça se dava apenas com a garantia do cidadão apresentar sua contenda ao Estado, o que resguardaria o direito fundamental ao acesso à justiça.

Podemos observar que a ideia conceitual antiga se dava como garantia fundamental do cidadão ao acesso ao judiciário, tendo este apenas resguardado o direito a propor seus conflitos insanáveis pela vedação a autotutela, materializado por um processo. No decorrer do tempo percebeu-se a importância não apenas de se ter acesso ao judiciário, como também de existir um sistema jurisdicional efetivo, que entregasse ao cidadão uma resposta justa ao seu caso, com a obediência na aplicação das normas jurídicas existentes.

Dada a importância do assunto, asseveramos que o direito ao acesso efetivo à justiça se torna um instrumento que garante e protege os demais direitos objetivos e subjetivos, fundamentais, existentes no ordenamento jurídico. O estudo do direito processual deve permear a compreensão de que jurisdição existe para solucionar casos, resolver litígios, tutelando através do direito subjetivo os direitos objetivos das partes ou interessados e aplicando, imperativamente, as regras jurídicas. Neste aspecto, podemos assegurar que a tutela jurisdicional é a materialização do acesso à justiça, outorgando ao cidadão a oportunidade de se buscar justiça, reclamando seus anseios e buscando a aplicação da norma em seu caráter amplo, almejando a correta instituição da justiça.

Nesse ínterim, dentro das questões trazidas pelo cidadão à justiça, é comum nos depararmos com a urgência na matéria trazida, devido aos direitos fundamentais em jogo, esperando assim uma aplicação correta e pontual da jurisdição, sendo atendidos os anseios sociais e garantidas a efetividade e a esmerada aplicação da norma.

Contudo, a pesquisa, de forma primária, se pautou não no atendimento positivo dos anseios da parte postulante, mas na complementação de uma entrega jurisdicional célere, independente do resultado, pois apenas assim será configurado o efetivo e amplo acesso à justiça.

As ações que versam sobre casos urgentes e necessitam que se antecipe seus efeitos finais, para resguardar o direito do cidadão, sob pena de perecimento deste mesmo direito,

necessitam de uma análise primária célere, sob pena de ineficiência da jurisdição, em que o juiz, ao se deparar com a situação urgente deixa de apreciá-la, ou seja, omite-se no seu dever de entrega da jurisdição de forma escorreita e inequívoca.

De acordo com essa perspectiva, percebemos que os ordenamentos jurídicos brasileiro e português possuem instrumentos disciplinares e de responsabilidade nos casos de morosidade do judiciário, ou na condução de forma equivocada, ensejando na violação do princípio da decisão tomada em um prazo razoável, independente da configuração de dolo ou culpa do juiz em prejudicar o processo e, conseqüentemente, as partes interessadas.

Outrossim, percebemos que tais instrumentos de coerção são necessários, mas se mostram pouco efetivos, tendo em vista que a reparação do suposto dano sofrido pela má administração da justiça, incorrendo na omissão do juiz em cumprir com suas obrigações precípua, só ocorrerá posteriormente ao julgamento final da ação, ficando, nessa visão, completamente inócuo.

Este estudo voltou sua atenção à efetiva entrega jurisdicional ao cidadão, pontuando a imediata solução dos problemas urgentes. Desse modo, observada a omissão do juiz frente aos reclamos urgentes, quais seriam os instrumentos cabíveis para sanar tais omissões?

O acesso à justiça, como dito nas linhas acima, vai muito além do sentido literal, pois significa também o direito a um devido processo, um processo que tenha presentes as garantias processuais, protegidas pelas normas constitucionais e internacionais. Um processo equitativo, que produza uma decisão eficaz em tempo e que termine num prazo razoável.

Nesse sentido, observa-se a indispensabilidade de uma via de acesso ao judiciário, sendo indispensável que exista uma via conclusiva. Caso contrário, de nada resolveria proteger o direito de propor a um juízo que não garantisse o estabelecimento de um processo provido de garantias processuais, concretizadoras de princípios essenciais, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção de provas lícitas, da ciência dos atos processuais, do julgamento em tempo razoável, da fundamentação das decisões, da eficácia das decisões, de um julgamento justo, dentre outros.

O acesso à justiça, como já delineado neste trabalho, tem fundamento positivado em normas constitucionais internas e em normas internacionais, das quais Brasil e Portugal são signatários. Nas normas internas, Brasil e Portugal possuem positivados em suas constituições os direitos fundamentais de acesso à justiça. No Brasil está no artigo 5º, XXXV, o qual versa sobre direitos e garantias fundamentais do cidadão. Em Portugal, encontramos o regramento no artigo 20.º de sua Constituição.

A convenção americana sobre direitos humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, dispensa em seu artigo 8.º, 1, sobre o acesso à justiça nos Estados contratantes, que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza¹⁹².

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente no artigo 6.º, parágrafo 1.º, que qualquer pessoa tem direito ao exame de sua causa de forma equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela¹⁹³.

O artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Brasil e Portugal são signatários de tal documento normativo internacional), documento esse que serviu de base para a feitura dos demais, versa que todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. A Declaração continua, em seu artigo X, que todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Com esta investigação, podemos observar que a atribuição aos cidadãos de direitos objetivos se torna algo inócuo se não houver uma forma de instrumentalizar tais direitos, que, neste caso, se perfaz através de processo judicial, devido à vedação da autotutela. No Brasil, diferente de Portugal, há uma ineficiência primária dos meios alternativos de resolução de conflitos. Com isso, necessitamos lançar mão a jurisdição contenciosa, buscando sempre uma tutela efetiva.

Para que o direito fundamental de acesso à justiça seja efetivado através da tutela jurisdicional, foi necessário compreendermos o papel do juiz, devido ao seu protagonismo processual, mesmo que imparcial, mas responsável pelas decisões e pela gerência processual.

¹⁹² Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 de São José da Costa Rica [Em linha]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

¹⁹³ Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 [Em linha]. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

O juiz, devido à sua função típica e basilar de estabelecimento da justiça equânime, tem prerrogativas funcionais para que sua função seja exercida de forma independente e autônoma, sem quaisquer obstáculos que dificultem o julgamento com imparcialidade, possuindo obrigações que transcendem qualquer prerrogativa concedida, devido à importância de sua função.

Como já dito, a função típica do juiz não se resume apenas à prática do julgamento final do caso, exercendo a jurisdição em sua totalidade, sendo imperiosa a atuação do juiz frente a casos urgentes, a proferir decisões com cunho antecipatório, adiantando os efeitos da tutela final.

A técnica de antecipação da tutela final, nos casos urgentes, se demonstra de extrema importância, pois resguarda o resultado útil do processo, preservando direitos que pelo passar do tempo poderiam se esvair e estabelecer injustiça.

Como dito, apesar de debatido e mencionado, não foi objeto do estudo o deferimento ou indeferimento de um pleito antecipatório, pois nesses casos os ordenamentos jurídicos brasileiro e português regulam tais situações com o aviamento de recursos. O caso investigado trata da ausência de uma decisão, ou seja, a omissão do juiz frente aos casos urgentes com pedido de antecipação de tutela, para resguardar o direito pleiteado. Foi trabalhada nesta investigação a compreensão dos instrumentos fiscalizadores e correccionais aos quais os juízes se submetem, nos casos de qualquer atitude que fuja dos ditames legais de atuação.

Tanto no Brasil quanto em Portugal existem órgãos fiscalizadores e sanções nos casos de condenação do Estado e ou juiz de alguma irregularidade cometida. No Brasil, temos a figura das corregedorias dos tribunais, bem como o Conselho Nacional de Justiça, sendo este o órgão superior de fiscalização da justiça. Já em Portugal os órgãos responsáveis pela fiscalização e correccional são o Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Tais conselhos não possuem como atividade exclusiva a fiscalização e correção dos juízes, mas também toda a organização dos tribunais, que neste quesito se diferenciam dos órgãos brasileiros.

Dentro da função típica do juiz, os ordenamentos jurídicos atuam com vigor em relação a algum ilícito ou alguma ilegalidade perpetrada pelo julgador. Porém, no decorrer do estudo, percebemos que para os casos urgentes tais imposições sancionatórias se tornam inócuas, pois o direito do jurisdicionado perecerá e causará grande dano, que não poderá ser ressarcido patrimonialmente e moralmente.

Quando tratamos das omissões ocorridas frente aos casos urgentes, em que o juiz, por omissão, deixa de cumprir seu múnus de julgamento, retardando o tramitar processual e causando graves prejuízos às partes, pensamos, a princípio, na responsabilização do Estado por tais atos de seu agente.

Os instrumentos recursais existentes no Brasil e Portugal, nos casos de insurreição de uma decisão tomada pelo juiz. Se dá, no Brasil, com o recurso de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, recurso que ataca primordialmente as decisões interlocutórias, sendo certo que o artigo mencionado possui um rol em que demonstra, de forma exemplificativa, quais os casos de cabimento do recurso ora debatido.

Numa interpretação jurisprudencial recente, esse rol do artigo 1.015 foi mitigado, passando a ter a classificação de taxatividade mitigada, que, a nosso ver, trata-se de uma classificação equivocada, pois se o rol não é mais taxativo ele passa a ser exemplificativo, devido à subjetividade trazida com a ideia de que toda matéria urgente que não esteja no rol do artigo 1.015 também poderá ser objeto do recurso de agravo de instrumento.

Como já dito, o sistema recursal português tem como origem uma complexidade mais elevada em comparação com o sistema recursal brasileiro. Ou seja, o cabimento recursal é mais limitado, não ensejando, assim, uma afronta ao direito ao acesso à justiça.

No ordenamento jurídico português, o legislador, nas disposições gerais dos recursos, teve o cuidado de genericamente elencar as decisões que admitem recursos no artigo 629.º, incluindo os critérios essenciais para o cabimento recursal. Tais critérios são distribuídos nos valores de alçadas dos tribunais e no valor da sucumbência, mas, de forma acertada, elencou os casos que, independentemente do valor da causa e da sucumbência, o recurso é sempre admitido, conforme artigo 629.º, itens 2 e 3.

Neste contexto, as decisões de indeferimento liminar do requerimento inicial de procedimento cautelar também não precisarão respeitar os critérios limitadores insculpidos no item 1 do artigo 629.º. O recurso cabível nos casos de indeferimento aos procedimentos cautelares é o recurso ordinário de apelação, consubstanciada no artigo 644.º, 1, “a”. Foi trazido pelo legislador o modo de subida do recurso, que neste caso subirá ao tribunal da relação nos próprios autos, com efeito suspensivo, sendo tal efeito a exceção à regra.

Nos casos em que for verificado dano ao jurisdicionado pelo mau funcionamento da administração da justiça, emergirá, assim, a responsabilização civil do Estado, como dever de reparar tais danos, se comprovados.

Nesse sentido, discorreremos sobre as teorias de responsabilização do Estado frente aos cometimentos de atos ilícitos, ilegais e imorais perpetrados por seus agentes. Os atos analisados se dividem em atos de gestão, atos legislativos e atos jurisdicionais. Os atos jurisdicionais, como ensina o professor Ricardo Pedro, dividem-se em duas vertentes: os atos jurisdicionais típicos do juiz e os atos jurisdicionais atípicos, que se resumem à administração da justiça.

Passamos, no decorrer da história, por diversas teorias que fundamentaram a responsabilização ou não do Estado frente ao cometimento aos atos ilícitos, ilegais e imorais. Brasil e Portugal, sob influência francesa, adotaram por muito tempo a teoria da irresponsabilidade estatal, com fundamento nos atos de império ou na ficção de que o rei não poderia errar. Tal teoria começou a perder espaço no fim do século XIX, quando se começou a reconhecer a responsabilidade do Estado em algumas funções, como os atos de gestão que inicialmente eram imputados ao agente de forma subjetiva.

Posteriormente, passou a ser adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, a qual deveria provar a culpa do agente público para a configuração do dever de indenizar do Estado, podendo este acionar regressivamente a pessoa do agente.

No direito brasileiro, adotou-se contemporaneamente a teoria da responsabilidade objetiva, ou, como é conhecida, a teoria do risco, sendo aquela em que não há necessidade do jurisdicionado lesado provar a culpa do agente público, apenas a apresentação do fato danoso e o dano, ficando a cargo do Estado a prova de alguma excludente de responsabilidade, matéria que também foi debatida no corpo deste trabalho.

Em Portugal, como ensina Ricardo Pedro, quando se trata da má administração da justiça, a responsabilidade do Estado é objetiva, devendo o lesado demonstrar inicialmente o mau funcionamento, o dano e o nexo de causalidade. Quando configurado um erro judiciário na função jurisdicional típica, a responsabilidade é subjetiva¹⁹⁴.

A responsabilização do Estado pelo mau funcionamento da justiça inclui as ações e omissões processuais, deveres de natureza administrativa ou constitucional ocorridos no âmbito da administração da justiça, imputáveis ou não ao comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, que estejam em desacordo com o *standard* adequado de garantia da tutela jurisdicional efetiva, que se revela na prestação do serviço de justiça em

¹⁹⁴ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 580.

cada momento e em cada ordem jurisdicional e que não estão a coberto do conceito de erro judiciário¹⁹⁵.

O Estado tem como dever principal entregar uma tutela jurisdicional efetiva, mas devemos entender essa tutela efetiva não apenas na entrega final da jurisdição, e sim em toda sua amplitude, devendo observar os casos que se demonstram urgentes, que por sua natureza não podem aguardar até o provimento final do processo.

Com isso, se ficar configurada morosidade na tomada de decisões que infira na violação ao prazo razoável da tomada de uma decisão, o Estado deverá ser responsabilizado pelos danos que porventura isso vier a acarretar ao jurisdicionado.

Porém, o objeto do estudo não se detém nas medidas posteriores ao dano. Está claro que o estudo da responsabilização do Estado, bem como as sanções ao juiz impostas pelo Estado, quando configurada a prática de uma ação ilícita ou omissão danosa, são de extrema importância como técnica pedagógica, mas o que se debate no presente estudo é a efetividade imediata nos pelitos urgentes negligenciados pelo juiz.

No capítulo 4 debatemos que os juízes, tanto no Brasil quanto em Portugal, possuem prazos para o proferimento de decisões interlocutórias, mas tais prazos possuem natureza imprópria, ou seja, o seu descumprimento, a princípio, não acarreta nenhum dano processual. O descumprimento dos prazos estipulados legalmente aos juízes, quando se tratar de matéria de extrema urgência, poderá causar verdadeiro dano ao jurisdicionado que as sanções e indenizações posteriores não suprirão, pois estamos falando de direitos fundamentais como vida, saúde, dentre outros.

O fato de discutirmos a possibilidade de lançarmos mão da analogia e utilizarmos os recursos existentes para os casos em que o juiz se omitir em decisões de casos urgentes ficaria inviável devido a alguns princípios que vedam essa ocorrência, como o princípio do juiz natural e o princípio da identidade física do juiz, não seria viável, no ponto de vista legal, suprimir sua competência originária.

Outra possibilidade seria a aplicação por analogia à aceleração de processo atrasado, positivado no Código de Processo Penal português, em seus artigos 108.º e 109.º, os quais trazem a possibilidade de solicitar ao conselho da magistratura a aceleração do procedimento. Tal medida, trazida pelo legislador português, chegaria a no mínimo oito dias, tempo em que

¹⁹⁵ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3. p. 580.

determinadas medidas urgentes se exaurem, podendo causar grandes prejuízos aos jurisdicionados.

Essa medida, também adotada pelo Direito brasileiro nos termos do artigo 235 do Código de Processo Civil, traz a possibilidade de as partes – Ministério Público, Defensoria Pública – proporem uma representação ao corregedor do Tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra o juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

Essa possibilidade para uma realidade urgente não seria viável, tendo em vista que a soma dos prazos trazidos pela legislação brasileira daria quarenta e oito dias úteis até se obter uma decisão. Fica vertente que tal dispositivo não corrobora as medidas urgentes, apenas as medidas que não precisam de um posicionamento urgente.

A intenção primordial da presente pesquisa se dá inicialmente na apresentação do problema da omissão judicial, que causa grande prejuízo aos jurisdicionados, sendo que, sem a existência de qualquer instrumento combativo a omissão perpetrada, não há ou haverá qualquer efetivação imediata para os pleitos de urgências nos casos concretos.

É certo que os estudos sobre responsabilização do Estado pelo mau funcionamento, com consequência na penalização do Estado e, em consequência dos julgadores, são de extrema importância para a viabilização do aspecto punitivo pedagógico do agente estatal, em tomar as decisões de forma célere, entregando a prestação jurisdicional adequada ao cidadão.

Sabe-se que, ao se buscar a uma solução efetiva para colocarmos fim à omissão do estado juiz na apreciação da tutela de urgência frente à efetividade jurisdicional, será necessária uma alteração legislativa das legislações processuais, para que preservemos a função típica do poder legislativo, sem a permissão de usurpação de tal função.

Dentro do caráter jurídico dogmático, seria viável a mudança do entendimento doutrinário das naturezas dos prazos processuais, sendo imposto aos julgadores, que estiverem frente casos urgentes, os prazos próprios para tomada de decisão, com o fito de imposição da preclusão temporal e, com isso, de abrir a possibilidade de interposição recursal, aqueles previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiros e portugueses.

Por oportuno, seria necessária também a mudança de entendimento doutrinário como fonte do direito, no que tange à aplicação da teoria subjetivista da responsabilidade, nos casos de atos omissivos dos julgadores, devendo ser interpretado analogicamente nos termos da teoria objetivista de responsabilização, como acontece com a responsabilização do Estado.

Importa destacarmos, sem olvidar sobre a necessidade de alteração legislativa, mas partindo para uma solução processual imediata, com a alteração de entendimento doutrinário sobre as teorias de responsabilização do agente julgador, ficando mais vertente a responsabilidade objetiva desses agentes, bem como o entendimento das naturezas dos prazos processuais do juiz, impondo analogicamente os prazos próprios impostos às partes processuais.

Por fim, cabe lembrarmos que as medidas disciplinares e a responsabilização do Estado ou do julgador por eventuais danos são medidas eficazes, no que tange ao ressarcimento patrimonial. Porém, pelo tempo que levam para serem configuradas, podem ensejar o perecimento do direito do jurisdicionado, por isso a necessidade do debate sobre o hiato legislativo no que tange à omissão do julgador frente a casos urgentes.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Ana Joyce – **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 24.^a ed. São Paulo: Rideel, 2017. ISBN 978-85-339-4187-8.

ARAÚJO, Fernando Eugênio – Corregedoria: órgão disciplinar ou correicional? [Em linha]. S.d. [Consult. 06 Fev. 2018]. Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos3/corregedoria-disciplinar-correicional/corregedoria-disciplinar-correicional.shtml>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 54.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro – **Acesso à Justiça**. Conferência realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. 26 e 27 Nov. 1982.

_____.; GARTH, Bryant – **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Milan: Dott. A. Giuffrè, 1978.

CARVALHO, Ana Leonor da Silva Magalhães – **A Não Denegação do Direito de Acesso à Justiça em Virtude da Insuficiência de Meios Económicos – Direitos de Primeira ou Segunda Geração?** Porto: Universidade do Porto, 2012. 19 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 32.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01589-8.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. ISBN 978-85-392-0000-9.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA [Em linha]. [Consult. 06 Fev. 2018]. Disponível em <https://www.csm.org.pt/csm/>

_____. – **Estatuto dos Magistrados Judiciais**. Lei n.º 21/85, de 30 de julho, com as alterações introduzidas até à Lei n.º 9/2011, de 12-04. CSM, 2016. [Consult. 09 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/02/Estatuto-dos-Magistrados-Judiciais-21-85-alteracao-9-2011-de-12-04.pdf>

CONSELHO SUPERIOR DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS [Em linha] – http://www.cstaf.pt/documentos/DL_214_G_2015.pdf

DELGADO, José Augusto – **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional** [Em linha]. Santa Catarina, Universidade Federal de Santa Catarina. 2007. [Consult. 09 Mar. 2019]. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9702-9701-1-PB.pdf>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, João Paulo – **As faces ocultas dos “poderes” dos magistrados: Práticas, corporativismos e resistências** [Em linha]. Universidade de Coimbra, Oficina nº 215, 2004. [Consult. 09 Mar. 2019]. Disponível em <https://ces.uc.pt/pt/publicacoes/outras-publicacoes-e-colecoes/oficina-do-ces/numeros/oficina-215>

DINAMARCO, Cândido Rangel – **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2010. ISBN: 8574201286.

_____. – **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume II. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIOGO, Cristiane Sampaio – **Teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: panorama jurídico brasileiro e responsabilidade objetiva** [Em linha]. 2017. [Consult. 06 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-explicativas-da-responsabilidade-civil-do-estado-panorama-juridico-brasileiro-e-responsabilidade-objeto,589588.html>

FARIA, Rita Lynce de – **A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405116.

FONSECA, Isabel Celeste M. – **Processo Temporalmente Justo e Urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1690-5.

FREITAS, José Lebre de – **Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Novo Código**. 3.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2201-2.

FUX, Luiz – **Curso de Direito Processual**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. ISBN 9788530925604.

_____. – Tutela Jurisdicional: finalidade e espécies. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n. 2, p. 107-231, Jul./Dez. 2002.

_____, relat. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Jurisprudência STF - ADI 5468/DF , 04 Fev. 2016. [Consult. 06 Mar. 2019]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4920998>

GERALDES, Antônio Santos Abrantes – **Temas de Reforma do Processo Civil**. Volume III. 4.^a ed. rev. e atualiz. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4109-4.

_____. – **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5555-8.

GOMES, Conceição – **Os Atrasos da Justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011. Depósito Legal n.º: 329646/11.

LEAL, Luciana de Oliveira – **O Acesso à Justiça e a Celeridade na Tutela Jurisdicional. Jurisdicional** [Em linha]. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2015. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=053fc292-1768-4876-a1df3ed17508a86&groupId=10136

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva – Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, n. 2003, p. 5-46, Jan./Mar. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme – **A Jurisdição no Estado Constitucional** [Em linha]. s.d. [Consult. 06 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf>

_____. – **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** [Em linha]. Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina, s.d. [Consult. 06 Mar. 2019]. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8.

MARQUES, José Frederico – **Manual de Direito Processual Civil**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1974.

MEDINA, José Miguel Garcia – **Direito Processual Civil Moderno**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7152-7.

MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo brasileiro**. 39.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. ISBN 85-203-0771-X.

MELLO, Celso de, relat. Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.667-4**. Jurisprudência STF - ADI 2.667/MC DF, 19 Jun. 2002. [Consult. 06 Mar. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>

MENDES, Gilmar Ferreira – **Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 7.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7.

MESQUITA, Miguel – **Código de Processo Civil**. 15.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6189-4.

MORAES, Alexandre de – **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. – **Direito Constitucional**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4834-0.

NAGAO, Paulo Issamu – **O Papel do Juiz na Efetividade do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: 2012. 418 f. Tese de Doutorado em Direito.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade – **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. ISBN: 852-032404-5.

PEDRO, Ricardo – **Contributo para o estudo da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas**. Lisboa: 2009. Dissertação de Mestrado em Direito.

_____. – **Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s)**. in XVIII SEMINÁRIO DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA, QUE TEVE LUGAR DIAS 31 DE JUNHO E 1 DE JULHO DE 2017.

_____. – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6607-3.

PIÇARRA, Antonio Joaquim, relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Justiça com número de processo 1920/13.8TBAMT-A. P1.S, de 02 de Março de 2017** [Em linha]. [Consult. 19 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1e5165fbc2845e70802580d80044a1ff?OpenDocument>.

PINTO, Rui Carlos Gonçalves – **A Questão de Mérito na Tutela Cautelar**. Lisboa: 2007. 74f. Tese de Doutorado em Direito.

PONTES DE MIRANDA, Francisco – **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN 978-853-090470-8.

PORTO, Mário Moacyr – **Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

PORTUGAL – **Lei nº 41, de 26 de junho de 2013 - Código de Processo Civil**. 15.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN: 978-972-40-6189-4.

_____. – **Constituição da República Portuguesa**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6427-7.

SANTOS, Moacyr do Amaral – **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

SILVA, Juary – **A Responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOUSA, Miguel Teixeira de – “Dupla Conforme”: critério e âmbito da conformidade. **Cadernos de Direito Privado**, [sl]:[sn], n. 21, Jan./Mar. 2008. ISSN 1645-7242.

SOUZA, Wilson Alves de – **Acesso à Justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação** [Em linha]. Santa Catarina: E-GOV, 2012. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-conceito-problemas-e-busca-da-sua-supera%C3%A7%C3%A3o>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **RE 111609 / AM - AMAZONAS**. Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido. Rel. Min. MOREIRA ALVES, em 11.12.1992. [Consult. 19 nov. 2017]. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;re:1992-12-11;111609-1467291>

_____. – **RE 429.518-SC**. Publicação DJ 14/09/2004 PP- 00040. Rel. Min. Carlos Velloso, em 05 out. 2004. [Consult. 19 nov. 2017]. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14797822/recurso-extraordinario-re-429518-sc-stf>

THEODORO JUNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil**. Volume III. 56.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2018. ISBN: 978-85-970-1504-1.

ZANCANER, Weida – **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.