

**A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL E A RESPONSABILIDADE
CIVIL SUBJETIVA DO JUIZ DIANTE DE SUA INÉRCIA NA EFETIVAÇÃO
DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA**

THE NEW SYSTEMATIC CIVIL PROCEDURAL AND THE CIVIL LIABILITY OF
SUBJECTIVE JUDGE BEFORE ITS INERTIA IN EFFECTIVATION OF JUDICIAL
PROTECTION OF EMERGENCY

Aimberé F. TORRES¹

AIMBERÉ FRANCISCO TORRES, Advogado em Bauru, Especialista em Direito Privado, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru/SP, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Campus de Jacarezinho/PR – Professor do Curso de Especialização da Faculdade Arthur Thomas - Londrina/PR, Professor da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo de Jacarezinho/PR, BRasil.

RESUMO

Este estudo procura chamar a atenção para o fato de que, com as Reformas experimentadas pelo Código de Processo Civil, é perfeitamente admissível responsabilizar-se subjetivamente o juiz, quando diante do caso concreto, deixar de conceder tutela jurisdicional de urgência, ou ainda, abster-se de se pronunciar quanto ao mérito da demanda, fazendo com que sua desídia onere excessivamente as partes ou leve a perda do direito postulado.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil Subjetiva; Direitos Fundamentais; Magistrado.

ABSTRACT

This study seeks to draw attention to the fact that, with the Reforms experienced by Code of Civil Procedure, it is perfectly permissible accountable to subjectively judge,

when faced with the concrete case, fail to grant judicial protection of urgency, or even, to refrain from commenting on the merits of the lawsuit, causing its desidia mortgages excessively the parties or mild loss of the right premise.

Keywords: Civil responsibility subjective; Basic Law; Magistrate;

INTRODUÇÃO

Com efeito, a Responsabilidade Civil conjugada com as novas reformas experimentadas pelo Direito Processual Civil, vêm sofrendo um elastecimento a fim de adequá-las as novas necessidades de nosso ordenamento jurídico.

Assim, nessa nova conjuntura a função jurisdicional assume um papel de importância ímpar na efetivação das necessidades sociais, principalmente para aqueles que postulam a tutela jurisdicional.

Em consequência disso, a ultrapassada ótica de que o juiz somente deve prestar a tutela jurisdicional diante de uma cognição exauriente, tem-se como inadequada, diante da reparabilidade de danos decorrentes da atividade jurisdicional, máxime diante das tutelas de urgência.

É certo que, o tema é inspirador de acirradas divergências, notadamente no que diz respeito ao rompimento a resistência de se responsabilizar, subjetivamente, o magistrado, pela sua inércia na prestação da tutela jurisdicional.

A SISTEMATIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O legislador pátrio, ao cuidar da Responsabilidade Civil no Código Civil de 2.002, o fez em poucos artigos, sendo que, em sua Parte Geral, notadamente nos artigos 186, 187 e 188, traçou o regramento genérico da responsabilidade civil, tendo como premissa a lei, ao mesmo tempo em que enumera as hipóteses da ocorrência de suas excludentes.

Na Parte Especial, a Responsabilidade Civil vem positivada num primeiro momento no Livro I do Direito das Obrigações, Título IV, Capítulo I, das Disposições Gerais, quando no artigo 389, também de forma genérica, cuidou o legislador da

responsabilidade classificada doutrinariamente como contratual ou negocial, obviamente originada do inadimplemento contratual.

No Título IX, Capítulo I, da Parte Especial, o código dedica-se às questões pertinentes à obrigação de indenizar, ao dispor no artigo 927: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. Depreende-se pois, do aludido dispositivo de lei, que a vontade humana pode, em determinadas situações, consubstanciar-se em fonte geradora de atos ilícitos, usualmente chamados de extracontratual, fazendo surgir a obrigação de indenizar ou de ressarcir o prejuízo causado.

Daí, conclui-se tratar-se a Responsabilidade Civil de um instituto que integra o Direito das Obrigações, aliás, neste sentido, precisa a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Costuma-se conceituar a ‘obrigação’ como o ‘vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação’. A característica principal consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

As fontes das obrigações previstas no Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei).

As obrigações derivadas dos ‘atos ilícitos’ são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado”. (Responsabilidade Civil, p. 02, 2006).

Não se pode perder de mira, porém, o fato de que o tema ora analisado não se encontra positivado exclusivamente nos Capítulos e Títulos acima mencionados, ao revés, ao tratar da responsabilidade civil, optou o legislador por dispersar a matéria pelo interior do Código Civil, desta forma, a responsabilidade civil encontra-se positivada, de alguma forma, nos artigos 12, 43, 1.278, 1.385, § 3º, dentre outros.

PERDAS E DANOS POR OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante, se depreende do artigo 12 do Código Civil, existe a possibilidade de se reclamar perdas e danos por ofensa aos direitos da personalidade.

Na concepção de Eugênio Facchini Neto, o fato de o novel legislador ter inserido logo nos primeiros artigos do Código Civil, um capítulo referente aos direitos da personalidade, afigura-se numa das mais importantes inovações:

“... introduzido logo nos primeiros artigos do código (arts. 11º, 21). Embora a sistematização adotada seja tímida e lacunosa deve ser aplaudida vigorosamente. Isto porque conquanto se pudesse reputar dispensável tal regulamentação, levando em consideração que uma ampla tutela dos direitos da personalidade pode ser inferida e concretizada a partir da própria constituição federal, o caráter pedagógico de tal previsão é sobremodo importante, por revelar um novo sistema de valores, chave de leitura oferecida ao interprete já no início do Código. Tal previsão pode ser interpretada como um sinal da atenuação do patrimonialismo reinante no direito civil clássico (embora o código tenha frustrado um pouco aqueles que esperavam um avanço mais significativo rumo à chamada *despatrimonialização* do direito civil), e como um impulso em direção à desejada *repersonalização* do direito privado. Ou seja, um direito em que a pessoa humana (e sua dignidade existencial) passa a ser colocada no centro do sistema (o que nada tem a ver com o individualismo reinante no direito civil liberal oitocentista), no lugar do patrimônio. Ou nas palavras do Prof. Luiz Edson Fachin, deve-se ‘levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais. Isso implica dizer que será inconstitucional um

diploma legal que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano em concreto. ”” (Da Responsabilidade Civil no Novo Código, p. 152, 2002).

Aliás, neste particular, irrepreensível o entendimento de Luiz Edson Fachin, uma vez que, se a Constituição vigente elegeu em seu âmbito a dignidade da pessoa humana como o alicerce fundamental do Estado democrático de Direito, artigo 1º, inciso III, deixou de reconhecer o ser humano como meio da atividade estatal, mas sim como sua essência.

Bastante elucidativa é a lição de Sarlet:

“Ainda que se possa controverter a respeito da afirmação de que o constituinte tenha tido a intenção de instaurar, também entre nós, uma ordem constitucional embasada num direito natural, mas dotada de plena eficácia normativa, o fato é que não há como desconsiderar, pena de omitirmos aspectos essenciais à compreensão do sentido e conteúdo da dignidade da pessoa humana, a vertente histórica e filosófica do princípio, inclusive sua íntima relação com a doutrina jusnaturalista, tal como destacou, muito embora em relação ao direito espanhol, Gonzáles Pérez. Tal aspecto, todavia, por ser diretamente vinculado ao problema de significado e conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana ao longo dos tempos, já obteve alguma atenção no capítulo anterior, razão pela qual aqui não será retomado. Em verdade, tendo sido reconhecida pela ordem jurídica estatal (expressa ou implicitamente), verifica-se que a dignidade da pessoa passou a integrar o direito positivo vigente e é nesta condição que ora vai analisada, sem que com isso se esteja a desconsiderar e minimizar a relevância de uma fundamentação filosófica da dignidade, que, de resto, já foi objeto de referência nesta obra.” (Sarlet, p. 65 e 66, 2.000).

DA LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL

Contanto, mereça aplausos a nova sistemática do Código Civil, no que se refere ao tratamento da Responsabilidade Civil, descuroou-se o legislador, quando da disciplina

da liquidação do dano moral. Tal fato, não passou despercebido aos aguçados olhos do iminente desembargador Carlos Roberto Gonçalves:

“O Projeto de Lei n. 634-B, de 1975, que se transformou no novo Código Civil, melhor sistematizou a matéria, dedicando um título especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa”. (ob. cit. p. 03).

A nosso ver, é o novel ordenamento, merecedor das críticas que lhe são atribuídas pelos estudiosos do direito, pois diante da ausência de parâmetros para a quantificação do dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se obrigadas a se valerem do bom-senso e da experiência do magistrado, a fim de fixar o “*quantum debeatur*”, tendo como pano de fundo, de um lado a peculiaridade da lide deduzida em juízo e de outro, a realidade econômica das partes.

O fato é que, o critério subjetivista adotado para fixação do dano moral, como não poderia deixar de ser, é fonte geradora de inseguranças, incertezas e instabilidades.

A propósito, confira-se o acórdão proferido na Apelação Civil n. 283.002-4, da 18ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Paraná, da lavra do Desembargador Wilde Pugliese, que elevou de R\$ 7.000,00 para 15.000,00, os danos morais para o caso de entrega do resultado de exame de DNA por equívoco, o que gerou a convicção de que determinada pessoa não seria o pai de sua filha.

Na oportunidade, deixou o relator consignado que:

“(…) Pertinente é o ensinamento doutrinário de Carlos Dias Motta, Juiz de Direito na Comarca de São Paulo, in ‘Reparação do Dano Moral por Abalo de Crédito’, publicado na Revista dos Tribunais, Volume 760, p.p. 74 e 94, verbis: ‘Na verdade, não há o que falar em equivalência entre o dinheiro proveniente da indenização e o dano, pois não se pode avaliar o sentimento humano. Não se

afigura possível, então, a reparação propriamente dita do dano, com retorno ao *statu quo ante* e com a *restitutio in integrum*. Na impossibilidade de reparação equivalente, compensa-se o dano moral com determinada quantia pecuniária, que funciona como lenitivo e forma alternativa para que o sofrimento possa ser atenuado com as comodidades e os prazos que o dinheiro pode proporcionar. A par disso, a condenação pecuniária também tem natureza punitiva, sancionando o causador do dano. Como corolário da sanção, surge ainda a função preventiva da indenização, pois esta deverá ser dimensionada de tal forma a desestimular o ofensor a repetição do ato ilícito e conduzi-lo a ser mais cuidadoso no futuro.”

Imperioso reconhecer-se que, a questão da reparação do dano moral em nosso ordenamento jurídico, leva em consideração numa de suas etapas, a situação fática dos indivíduos em conflito frente ao contexto do sistema social, o que sem sombras de dúvidas, leva ao comprometimento da idéia de justiça, transformando-se em uma utópica solução do conflito de interesses.

John Rawls, em sua obra “Uma Teoria de Justiça” atribui à questão a relevância que efetivamente merece:

“11. Os dois princípios da justiça

A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Na aplicação dos dois princípios de justiça à estrutura básica da sociedade, tomamos a posição de certos indivíduos representativos e consideramos qual é a visão que eles têm do sistema social. A perspectiva dos que estão nessas situações define um ponto de vista geral adequado. Mas, certamente nem todas as posições sociais são relevantes. Pois não só existem, por exemplo, produtores rurais, mas também produtores de laticínio, produtores de grãos, agricultores que cultivam grandes extensões de terra, o mesmo se aplicando a outras ocupações e grupos indefinidamente. Não podemos ter uma teoria coerente e admissível se levarmos em consideração essa multiplicidade de posições. É impossível avaliar tantas reivindicações concorrentes. Portanto, precisamos identificar certas posições como mais básicas que as outras e capazes de fornecer um ponto de vista mais apropriado para o julgamento do sistema social. Assim, a escolha dessas posições se torna parte da teoria da justiça “(pgs. 64 e 100).

Ora, a avaliação e adequação dessas condições fáticas, encontram-se em nosso sistema jurídico nas mãos de um Poder Judiciário anacrônico, diga-se de passagem, em todos os seus aspectos.

Some-se a isso, o fato de que os conflitos de interesses são originados nas entranhas de uma sociedade cuja marca indelével é a exclusão social, gerada anos após anos por uma elite econômica dominante e inescrupulosa.

Daí, forçoso é concluir ser ao aplicador da lei, impossível, quando da solução dos conflitos de interesses, valorar e aplicar as situações fáticas acima mencionadas, a fim de adequá-las aos dois princípios de justiça proposto por Rawls.

Destarte, temos para nós que a satisfação do dano moral em nosso ordenamento jurídico, não passa de um sonho de uma tarde de verão.

A doutrina italiana, extremamente sensível à questão, referindo-se ao dano moral, não se utiliza da palavra “indenização”, vale-se para tanto de “*valoração equitativa*”, por reconhecer a altíssima carga de subjetividade da sentença.

Com efeito, a lição de Ricardo Yagüez:

“1.Hoy se insiste especialmente, por ejemplo, en la circunstancia de que la reparación del dano a la persona (em todos sus componentes, esto es, tanto el *daño moral*, como el *daño a la salud*, como el *daño patrimonial*) excluye la aplicación de lo que podría denominarse um modelo matemático o de ecuación, por cuya virtud sea posible decir que una determinada indemnización repara em efecto el daño que la víctima ha sufrido.

“La doctrina italiana, em concreto, insiste em que en este caso no cabe hablar propiamente de indemnización, sino de ‘valoración equitativa’, en atención al considerable grado de apreciación subjetiva que lleva consigo la sentencia. Quiza porque, como escribió FORCHIELLI em afortunada expresión, el daño no patrimonial, y em concreto el daño a la persona, debe ser espresado sólo em términos de relevância moral y social. O porque, como el mismo autor señaló muy gráficamente, em casos el juez se encuentra sometido al compromiso de atribuir, a través de uma variada utilización del metro pecuniário, um ‘consuelo’ indirecto como compensación del daño sufrido por la víctima. También “por eso, CALABRESI, refiriendose a los daños personales, ha manifestado que ‘la completa compensación es uma ilusión’”. (In Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño, p. 59, 1995).¹

De outro lado, a doutrina argentina, ao tratar do tema, estabelece dez hipóteses a serem consideradas pelo aplicador da lei, com o intuito de tornar o mais objetivo possível, a quantificação do dano moral.

¹ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Hoje se insiste especialmente, por exemplo, na circunstância de que a reparação do dano à pessoa (em todos os seus componentes, isto é, tanto no dano moral, como no dano à saúde, como no dano patrimonial) exclui a aplicação do que poderia denominar-se um modelo matemático e de equação, por cuja virtude seja possível falar que uma determinada indenização repara o resultado do dano que a vítima tenha sofrido. “A doutrina italiana, em concreto, insiste que neste caso não se cabe falar propiamente de indenização, e sim de ‘valoración equitativa’”, em atenção à consideração do grau de apreciação subjetiva que leva consigo a sentença. Talvez porque, como escreve FORCHIELLI em feliz expressão, o dano ao patrimônio, e em concreto o dano à pessoa, deve ser expreso somente em termos de relevância moral e social. O porquê, como o mesmo autor assinala muito claramente, em casos que o juiz se encontra submetido ao compromisso de atribuir, através de uma variada utilização do método pecuniário, um ‘consolo’ indirecto como compensação do dano sofrido pela vítima. Também ‘por isso, CALABRESI, referindo-se aos danos pessoais, tem manifestado que ‘a completa compensação é uma ilusão’”.

Neste sentido, propõe Mosset Iturraspe, referindo-se a Trigo Represas e López Mesa: 1) não à indenização simbólica, 2) não ao enriquecimento injustificado, 3) não à tarifação “pisso” ou “teto”, 4) não ao percentual do dano patrimonial, 5) não à determinação calcada exclusivamente no “prudente arbítrio”, 6) sim à consideração da gravidade do dano, 7) sim à atenção às peculiaridades do caso, relativas à vítima e ao ofensor, 8) Sim à harmonização em casos semelhantes, 9) sim às formas de compensação que proporcionem prazeres, alegrias ao ofendido e 10) sim à fixação de valores que possam ser efetivamente pagos, ou seja, compatíveis ao contexto econômico do país e à realidade da vida. (In Tratado de la responsabilidad Civil, Buenos Aires: La ley, 2.004, tomos I e IV, pp. 548-549; 714 e ss.).

Já no direito inglês, os danos morais geradores de indenizações são somente aqueles inseridos em uma das seguintes rubricas: a) *pain and suffering* (dor física ou psíquica); b) *loss of expectation of life* (presumível diminuição da duração da vida da vítima); c) *loss of amenities of life* (impossibilidade de gozar de alguns dos prazeres do mundo); e d) *nervous schouck* (fortes abalos emocionais).

DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Por sua vez, filiou-se o novel legislador, conforme se pode constatar da leitura dos artigos 186 e 927, *caput*, ambos do Código Civil, a Teoria Subjetiva, a qual estabelece como pressuposto da obrigação de reparar o dano, o comportamento doloso ou culposo de seu autor.

Com efeito, Eugênio Facchini Neto ao comparar a redação do atual artigo 186, com a de seu correspondente no Código Civil 1916, qual seja, o artigo 159, observa:

“... enquanto o art. 159 falava em *violar direito*, ou *causar prejuízo a outrem*, a nova cláusula refere “violar direito e causar dano a outrem”. Se a alteração fosse em sentido contrário, poder-se-ia sustentar que o legislador estaria acolhendo a idéia de uma responsabilidade civil de cunho punitivo ou eventualmente dissuasório, e não de natureza reparatória/compensatória. Isto porque a obrigação de indenizar poderia decorrer, em tal hipótese, tanto do fato de ter sido causado um prejuízo quanto na hipótese de uma mera violação do direito.

Todavia, uma interpretação sistemática consolidada já então conduzia ao entendimento de que um dos requisitos da responsabilidade civil era justamente a presença de um dano (material ou moral). Assim, o novo Código Civil apenas deixou claro o que antes era implícito. (ob. citada págs. 164-165).

O parágrafo único do mesmo artigo 927 do Código Civil de 2.002 dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (g.n.).

Com isso, acolhe citado dispositivo, a responsabilidade objetiva, ou seja, admite-se em nosso ordenamento jurídico reconhecer-se a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.

Tal situação pode nos levar a seguinte indagação: O Código Civil pátrio filiou-se a teoria subjetiva prevista nos artigos 186 e 927, *caput*, a qual tem como pressuposto a culpa para reparação do dano ou a Teoria Objetiva, positivada no parágrafo único, do artigo 927, de onde se extrai a possibilidade de responsabilidade sem culpa?

A resposta a tal questionamento, pode ser obtida nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

“O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria ‘subjetiva’. É o que se pode verificar no art.186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Espínola, ao comentar o dispositivo correspondente a este Código Civil de 1916, teve estas palavras: ‘O Código, obedecendo à tradição do nosso direito e à orientação das legislações estrangeiras, ainda as mais recentes, abraçou, em princípio, o sistema da responsabilidade subjetiva’.

A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos. Poderiam ser lembrados, como de responsabilidade objetiva em nosso diploma civil, os arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas.

Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 6.453/77 (que regula a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), Código de Defesa do Consumidor e outras.

Isto significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites.”(ob. cit. p. 23-24)

Com efeito, o entendimento do supracitado autor, vem referendado na lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“... a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos que deverá ocorrer à obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurge-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entravar o progresso.” (Caio Mário, p. 507, 1990).

Segundo a melhor doutrina, o parágrafo único do artigo 927, teve como fonte inspiradora o artigo 2050, do Código Civil Italiano de 1942 “*chiungue cagiona danno ad altri nello svolgimento di um ‘ attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei*

mezzi adoperati, é tenuto al risarcimento, se nom prova di avere adottado tutte lê misure idonee a evitare li danno.”²

Aliás, oportuna é a lição do ilustre mestre da Universidade de Genova, Pietro Trimachi:

“1. La netta separazione dell’indagine sull’ambito della responsabilità oggettiva rispetto a quella sull’ambito della responsabilità da atto illecito è a necessária consequenza di un’impostacione critica, secondo la quale il problema dell’area del dano risarcibe non può risolversi che con referimento alla funzione della responsanilità. Abbiamo visto suo luogo che la responsabilità civile per atto ilícito presenta due aspetti inscindibilmente connessi: de una parte essa tende alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato; dall’altra, essa costituisce una sanzione contro chi si è comportato in modo vietato, e la cui minaccia contribuisce previamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti. In relazione a queste due funzioni abbiano costruito i limiti della responsabilità da atto illecito.

Anche la responsabilità oggettiva per rischio lecito há due funzioni, fra loro inscindibilmente connesse e simmetriche con quelle proprie della responsabilità da atto illecito. Per um verso essa tende alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato; per altro verso essa constitue una pressione economica su chi há organizado l’ativitá rischiosa (per lo piú: um imprenditore) così da indurre a che questa sia razionalizzata (da un punto di vista economico generale).

La prima funzione coincide con quella simmetrica della responsabilità da atto illecito. La diversitá si manifesta invece nella seconda funzione, perché è vero che in entrambi i casi il fine ultimo è quello di ottenere una riduzione dei fatti dannosi, questo fine ultimo viene perseguito là com la repressione incondizionata di singoli *atti vietati*, qui con l’attribuzione al responsabile del

² **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “Quem causa dano a outra pessoa no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pelo meio empregado, é obrigado a ressarcir, se não provar que tenha utilizado todos os meios idôneos para evitar o dano.”

costo di un rischio *consentito* e pertinente a un'attività piurrosto che a singoli atti.” (p.133-134, 1967) ³

Ora, repetia-se aos quatro ventos na vigência do velho código civilista, o velho brocardo: o fundamento da responsabilidade civil decorre da culpa. Atento aos novos rumos e anseios do mundo moderno, o novel legislador de 2.002, ousou quebrar essa velha máxima.

Ao inserir no parágrafo único do artigo 927, uma segunda possibilidade para responsabilidade civil, qual seja a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, aferida objetivamente, *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano não implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Ressalte-se que, nosso novel ordenamento, ao contrário do estatuído no art. 2050 do Código Civil Italiano, não prevê hipótese de excludente da responsabilidade objetiva, cabendo desta forma ao magistrado peninsular, extrair da experiência e jurisprudência os critérios dos quais deve adjetivar como perigosa ou não a atividade.

Assim como no direito comparado, caberá *in casu* ao juiz, a identificação de uma atividade como perigosa ou não, valendo-se para tanto de uma análise tópica. Alerta-nos, porém, Facchini Neto não se tratar de um “*decisionismo judicial, em que cada juiz possa desenvolver um critério próprio. Ao contrário, além da análise tópica, não se pode jamais olvidar que o direito configura um sistema, embora aberto e móvel.*” (ob cit. p. 167).

³ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** “A franca separação da pesquisa sobre o âmbito da responsabilidade objetiva com respeito a aquela do âmbito da responsabilidade do ato ilícito é em geral a necessária consequência de uma imposição crítica, segundo a qual o problema da área do dano ressarcível não pode se resolver com referência à função da responsabilidade. Haja vista que, ao longo da responsabilidade civil por ato ilícito, se apresentam dois aspectos indiscutivelmente conexos: de uma parte a reparação do patrimônio danificado; de outro lado, constitui uma sanção contra o que é um comportamento de um modo proibido, é a mínima contribuição prévia a desencorajar o comportamento ilícito. Em relação a questão da função, se tem em vista a construção do limite da responsabilidade do ato ilícito. Ante a responsabilidade objetiva por risco lícito a duas funções, imprescindível conexa e simétrica com a própria responsabilidade do ato ilícito. Por um lado, esta tende a reparar o patrimônio danificado; por outro lado se constitui numa pressão econômica sobre a organização da atividade (por um empreendedor) assim induz a questão ao raciocínio (de um ponto de vista econômico geral). A primeira função coincide com aquela da simetria da responsabilidade do ato ilícito. A diversidade se manifesta na segunda função, por ser verdadeiro que em ambas o fim ultimo que ostenta uma redução do fato danoso, fim ultimo a ser perseguido com a repressão incondicionada do singular ato proibido, que com a atribuição da responsabilidade do risco consentido pertinente a uma atividade singular.

Destarte, deverá o magistrado mostrar-se atento as condições do caso concreto, posto que deva mostrar-se sensível as noções de periculosidade de sua comunidade. Além de socorrer-se da jurisprudência, deve também ater-se a legislação previdenciária e trabalhista.

Para Miguel Reale, a responsabilidade objetiva adotada pelo novo código, é fruto do acolhimento do princípio da solidariedade:

“... em princípio, responde-se por culpa. Porém, se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais subjetiva.” (p. 10 Saraiva 1986).

De outro lado, o Código Civil em seus artigos 389, 395 e seguintes, estabelece a responsabilidade civil em razão de inadimplemento contratual, ou dito de outra forma, tendo como fato gerador da obrigação de indenizar o descumprimento daquilo que foi previamente avençado entre os contratantes.

Com efeito, referida obrigação é classificada pela doutrina como responsabilidade contratual, distinguindo-se da responsabilidade prevista nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes do Código Civil, a qual é rotulada de extracontratual ou aquiliana.

CRÍTICAS DA TEORIA UNITÁRIA À DUALIDADE DE TRATAMENTO DA MATÉRIA

Os adeptos da Teoria Unitária ou Monista, não pouparam críticas ao novel legislador quanto a essa dualidade de tratamento, quando ao positivar a matéria no Código 2.002, já que segundo eles, a solução é a mesma para ambos os aspectos da responsabilidade.

Carlos Roberto Gonçalves, no entanto, expõe de maneira clara e muito didática, as diferenças existentes entre as duas espécies de responsabilidade:

“A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

Outra diferenciação que se estabelece entre a responsabilidade contratual e a extracontratual diz respeito às fontes de que promanam. Enquanto a contratual tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186, do Código Civil.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano. Jossierand entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige agentes capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produzir efeitos indenizatórios. Na hipótese de obrigação derivada de um delito, o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda.

.....

Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à graduação da culpa. Em regra, a responsabilidade, seja extracontratual (art.186) seja contratual (arts. 389 e 392), funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, defluiu da lei, que vale *erga omnes*.

Conseqüência disso seria que, na responsabilidade delitual, a falta se apuraria de maneira mais rigorosa, enquanto na responsabilidade contratual ela variaria de intensidade de conformidade com os diferentes casos, sem, contudo alcançar aqueles extremos a que se pudesse chegar na hipótese da culpa aquiliana, em que vige o princípio do *in lege Aquilia et levíssima culpa venit.*” (ob. cit. p. 28 e 29).

Nesta linha de raciocínio, consideramos equivocada a crítica dirigida contra o novel legislador, posto se depreender dos ensinamentos acima, que os seguidores da Teoria Monista, observaram a questão envolvendo o tratamento da matéria somente sob uma única ótica, qual seja, a do direito material, não se detiveram em momento algum, em visualizá-la sob o ângulo do direito processual, notadamente no que se refere às questões probatórias.

A RELATIVIZAÇÃO DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Todavia, a que se ter em conta que, o entendimento segundo o qual o ônus da prova deva recair sobre quem afirma e não sobre quem nega, conforme o estatuído no artigo 333 do Código de Processo Civil vem sofrendo certa relativização.

Neste sentido, vale reproduzir expressivo pensamento de Marcelo J. Lôpez Mesa:

“Este derecho dogmático, excessivamente influído por la consideración del processo como um combate judicial, no podia tener como correlato sino una fêrrea imposición del onus probandi em cabeza de quién afirmaba um hecho. No habia espacio alli para lãs nuevas ideas, para las corrientes progressistas que finalmente vendrián a derribar esquemas vetustos, de la mano de las doctrinas de la CSJN del exceso ritual manifesto y de la verdad jurídica objetiva, amén de las enseñanzas de importantes autores.

.....

Algunos autores, a menera de teorías superadoras de los principios tradicionales, comenzaron a exponer doctrinas como las del activismo de los jueces o de los

deberes de colaboración de las partes com el órgano jurisdiccional, que em lo essencial significaban anteponer la búsqueda de la verdad real a la vigencia absoluta e incondicionada del principio dispositivo.

En esse marco progressista surge la elaboración douctrial de las cargas probatórias dinâmicas, que si bien no significa um aporte original, viene a difundir entre nosotros ideas que datan de bastante tiempo atrás, constituyndo um mérito indubidable de los Profs. Peyrano y Chiappini la divulgación por parte de la jurisprudência.

Para sintetizar la elaboración em pocas ideas, puede decirse que:

a) **Las partes carecen del derecho de permancer ensimismadas em el processo, esudándose em una cerrada negativa de las alegaciones de la contrária.**

b) La carga de la pueba puede recaer em cabeza del actor o del demandado **según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.**

c) La doctrina de las cargas probatórias dinâmicas consiste em imponer el peso de la prueba em cabeza de aquella parte que por su situación se halla em mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado.

d) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatória de uma de las partes o la índole o complejeidad del hecho a acreditar em la litis, generan el traslado de la carga probatória hacia quién se halla em mejores condiciones de provar.” (Disponível em www.eft.com.ar)⁴

⁴ **EM TRADUÇÃO LIVRE:** Este direito dogmático, excessivamente influenciado por uma consideração do processo como combate judicial, não poderia ter como correlato senão uma férrea imposição do ônus da prova de quem afirma um direito. Não havia espaço ali para as novas idéias, para as correntes progressistas que finalmente viriam a derrubar esquemas vestutos, de uma doutrina do CSJN, do excesso de ritual manifestado pela verdade jurídica objetiva, além dos ensinamentos de importantes autores.

Alguns autores, a maneira das teorias superadoras dos princípios tradicionais, começaram a expor doutrinas como as do ativismo dos juízes e dos deveres de colaboradores das partes com o órgão

OUTROS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Já num outro plano, a responsabilidade civil dos incapazes, introduziu o novel código importante mudança. Vale lembrar que, na vigência do Código Bevilacqua, os incapazes eram tidos como irresponsáveis, respondendo por seus atos danosos, seus pais, tutores e curadores, nos moldes do revogado artigo 1.521.

Com efeito, a luz do artigo 156 Código de 1916, somente aos menores relativamente capazes (entre 16 e 21 anos), havia previsão de responsabilidade pessoal de seus atos ilícitos extracontratuais.

Deixando de lado aquilo que seria mais propriamente a seara da irresponsabilidade dos incapazes e, na senda da codificação européia, o artigo 928 do Código Reale, positivou o regime da responsabilidade subsidiária e equitativa dos incapazes, o que nas palavras de Facchini Neto tratou-se “de verdadeiro *jus novum*”.

Aparenta-nos que, o referido dispositivo terá pouca utilidade prática, tendo em vista que, a responsabilidade do incapaz não perdeu o colorido da subsidiariedade, ainda mais se combinarmos o retromencionado dispositivo com o artigo 933 do mesmo “codex”.

Ressalte-se que, o Código Civil de 1916, não se preocupou em sistematizar a matéria pertinente a Responsabilidade Civil, tratando do tema em reduzido número de

jurisdicional que na essência significavam antever a verdade real a vigência absoluta e incondicionada do princípio dispositivo.

E nesse marco progressista surge a elaboração doutrinária das cargas probatórias dinâmicas, que não significa um aporte original, vindo a difundir dentre outras idéias que datam de bastante tempo atrás, constituindo um mérito dos Professores Peyrano e Chiapping a divulgação por parte da jurisprudência.

Para sintetizar a elaboração em poucas idéias, pode-se dizer que:

- a) As partes carecem do direito de permanecer concentradas no processo, aguardando de forma passiva as alegações contrárias.
- b) A carga da prova pode recair sobre o autor segundo as circunstancias do caso e da situação processual das partes.
- c) A doutrina das cargas probatórias dinâmicas consiste em impor o peso da prova àquela parte que por sua situação se encontre em melhores condições de provar, sem se importar se é o autor o demandando.
- d) A superioridade técnica, a situação de prevalência a melhor aptidão probatória de uma as partes, diante da complexidade do direito a ser demonstrado na lide, geram a transferência da carga probatória a quem melhor tenha condições de provar.

artigos. De forma totalmente diversa, foi a matéria positivada pelo novel legislador que lhe atribuiu um título especial e autônomo, embora, reproduzindo literalmente, em sua maioria, os dispositivos revogados.

O PROCESSO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De há muito, vem o legislador pátrio, de forma gradativa, aparelhando o ordenamento jurídico com instrumentos capazes de conferir à tutela jurisdicional, efetividade plena e factível, além de garantir uma maior participação das partes na relação jurídica processual, já que o procedimento de cognição plena e exauriente vem deixando de ser compatível com os anseios de uma sociedade que pugna por uma justiça célere e eficaz.

A fim de tornar concreto esse novo espírito, inseriu-se em nosso ordenamento jurídico várias mudanças, dentre elas o instituto da Tutela Antecipada, através da Lei 8.952, de 13 de dezembro, 1.994.

Possibilita-se o julgamento do mérito da causa, quando o tribunal reforma a sentença terminativa, através da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que deu nova roupagem ao artigo 515 § 3º do Código de Processo Civil.

No ano seguinte, surge um novo arquétipo de Execução, qual seja a Execução Específica, prevista nos artigos 461 e 461 A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2.002.

Mais recentemente, atribuiu-se uma nova sistemática ao Recurso de Agravo, Lei 11.187/05, a Liquidação e Execução de Sentença, Lei 11.232/05, surgem a Súmula “impeditiva de recursos”, Lei 11.276/06, o julgamento de “processos repetitivos” e finalmente o reconhecimento de ofício da incompetência relativa e da prescrição, Lei 11.280/06.

Com efeito, o motivo que levou o legislador a programar essa nova ordem processual civil, foi sem sombra de dúvida, a necessidade de resgatar a idéia de que o processo consubstancia-se no único meio legítimo que o Estado possui, para difundir na sociedade decisões legítimas.

Sem, contudo, perder de mira o fato de que referidas decisões devem por sua vez, subsumirem-se aos direitos fundamentais, gerando com isso o sentimento de justa satisfação do conflito de interesses.

Neste aspecto, impõe-se ressaltar a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

“O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à liberdade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais. Nem se diga que o processo apenas prepara a decisão, e por isso nada tem a ver com sua legitimidade. Essa forma de pensar faria com que a legitimidade da decisão fosse absorvida pela legitimação da jurisdição pelo procedimento, na linha de Luhmann. Ao se admitir essa última idéia, não importa a legitimidade da decisão, mas apenas a legitimidade do procedimento, uma vez que apenas essa seria suficiente para legitimar a decisão. Porém, não basta um procedimento legítimo. No Estado constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a lei é aplicada na dimensão dos direitos fundamentais.

Exatamente porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação das partes. Um procedimento que não permite efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização de seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender aos direitos de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a idéia de democracia, pressuposto indispensável para legitimidade do poder.

O procedimento, visto como garantia de participação das partes, relaciona-se com o ‘devido processo legal’ (em sentido processual). Somente é o ‘devido processo legal’ o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de justiça processual inculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do ‘devido processo legal’ legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantias das partes diante do poder estatal.”

“Além disso, o procedimento deve ser capaz de permitir o acesso do mais pobre ao Poder Judiciário, tendo importância para viabilizar a universalidade de acesso à justiça. Daí a importância, mais uma vez, da diferenciação dos procedimentos. O procedimento não deve se diferenciar apenas para atender às diferentes necessidades de tutela dos direitos, mas também para permitir o acesso das populações economicamente menos privilegiadas ao Poder Judiciário. Um processo que não garante a todos, independentemente das suas posições financeiras, o acesso à justiça possui um déficit de legitimidade.” (Marinoni, p. 453, 2006).

A idéia de que o acesso à justiça é um dos, senão o mais relevante, dos direitos fundamentais, deve vincular-se àquela do direito fundamental a uma tutela jurisdicional plena e efetiva, o que implica em oferecer aos cidadãos o direito à técnica processual adequada à tutela do direito material, ao mesmo tempo em que impõe ao juiz o dever de obediência à regra processual.

Neste aspecto, uma vez mais, se faz necessário reproduzir-se o pensamento de Marinoni:

“É por isso que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) incide sobre o legislador – que resta obrigado a traçar ‘formas de justiça’ (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas – e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito ao acesso a justiça.” (ob. cit. p. 463).

Deste modo, tem-se que as reformas processuais operacionalizadas pelo legislador, não tiveram outra senda, senão a de adequar o velho Código de Processo Civil aos novos tempos, às novas necessidades de uma sociedade que migra do moderno para o pós-moderno, exigindo para a solução de seus conflitos, procedimentos menos formais e mais efetivos.

Com efeito, na visão obtusa dos formalistas, a questão envolvendo o perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório nas ocasiões em que confrontado com os princípios constitucionais, por certo se afiguraria num óbice a esta nova sistemática processual.

Não é preciso esforço para se resolver essa questão.

Nestes casos, deve o juiz identificar o interesse mais relevante e valendo-se do princípio da proporcionalidade, decidir a favor do direito que se mostrar mais provável.

Aliás, esta é a posição de Ovídio Baptista:

“(...) casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável, ou confrontado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo, como simples aparência – esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática”.

Ressalte-se que, não se pretende com este singelo estudo, aprofundar-se nas críticas no sentido de que a utilização da regra da ponderação, quando da aplicação dos direitos fundamentais, leva a arbitrariedade, diante da ausência de critérios racionais.

Outro exemplo de outorga pelo legislador, de poder ao juiz, a fim de que este torne efetivo o direito de ação, vem previsto no parágrafo 5º do artigo 461, do CPC que diz: *“para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como (...)”*.

É possível que, se diga ainda, que essa nova sistemática processual, venha restringir o contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV da CF, onde se lê: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo*

e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na discussão do problema, impõe-se uma interpretação racional da palavra “*ampla*”, inserida na norma constitucional a fim de adjetivar a defesa, neste aspecto irrepreensível, uma vez mais a lição de Marinoni:

“Ter ampla defesa não é, evidentemente, possuir uma possibilidade de defesa que supere o limite da dimensão de participação que se deve dar ao réu para que ele possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária. Por ampla defesa deve se entender o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso”. (ob. cit. pág. 313)

Para Marinoni, por exemplo, o parágrafo 5º do artigo 461 “*representa uma expressa opção pela efetividade do direito de ação diante da segurança jurídica e, em determinada perspectiva, do direito de defesa*”. (ob. cit. pag. 341).

Destarte, concluindo este tópico, inegável que o “novo” processo civil brasileiro, hodiernamente encontra-se armado para atender aos reclamos e anseios da sociedade na solução de seus conflitos de interesses.

DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO JUIZ, EM FACE DA DEMORA DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Fixada a relação existente entre processo e direitos fundamentais, sob a ótica da exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, diante da nova sistemática processual implantada, cujo fim precípua é tornar factível a prestação da tutela jurisdicional, cujo monopólio pertence ao Estado.

E a submetendo à nova disposição da Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002, torna-se perfeitamente possível, responsabilizar subjetivamente o agente encarregado de prestá-la, quando sua inércia der causa ao perecimento do direito deduzido em juízo.

Não se pode perder de mira, que hodiernamente, nosso sistema processual encontra-se aparelhado justamente para superar este estado de coisas, que de há muito provocavam o descontentamento social, desencorajavam a utilização da via judicial para a solução de conflitos de interesses e principalmente, o descrédito do Poder Judiciário, fazendo-se sentir nos vários setores da sociedade, o amargo sabor da impunidade.

Destarte, a lição de Dergint:

“A demora no andamento de processo sucede em virtude de mau aparelhamento do serviço judiciário ou por desídia do magistrado, senão pela não rara conjugação de ambos os fatores. Ou o juiz age culposamente, por desídia, ou, fazendo tudo quanto pode humanamente fazer, não vence a passividade do Estado em remover os obstáculos à pontual prestação da tutela jurisdicional.”
(1994, p.196)

Deve ser lida com outros olhos, ou seja, com a cautela imposta pela nova ordem processual civil, por disponibilizar esta ao juiz, ferramentas necessárias para “*remover os obstáculos*” impeditivos ao efetivo exercício da tutela jurisdicional.

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a não prestação da tutela jurisdicional, consubstancia-se numa anomalia, devendo ser encarada desta mesma forma, hoje em dia, a demora na prestação da referida tutela.

Dá poder-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que se a prestação da tutela jurisdicional se tornar inócua em razão da demora injustificada do magistrado, em que pese os vários institutos a ele disponibilizados, tem-se como indelével consequência, seu dever de responder pelos danos que causar a parte, em razão de seu descaso ao lidar com o conflito de interesses deduzido em juízo.

Ainda mais se tivermos em mente, que a atividade judiciária deve ser vista como um serviço público, definido por Di Pietro como “*toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio dos seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público*”. (2002, p. 99).

Meirelles expõe o conceito de serviço público como sendo, “*todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.*” (p. 319, 2003).

Deste modo, impossível deixar de se reconhecer que o exercício da jurisdição enquadra-se no conceito de serviço público, inquestionável será a condição de agente público do magistrado, para tanto, confira-se a definição de Meirelles: “*Agentes Públicos são todas as pessoas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal*”. (ob. cit. p. 73)

Frente à nova sistemática processual, ao magistrado não mais incumbe a singela prática de por meios dos atos judiciais, conduzir pacificamente o processo à sentença de mérito. Não mais se admite a prática por parte do juiz, dessa abominável conduta a frente do processo, pois os atos judiciais, devem agora, consubstanciar-se, em sua maioria, na busca da tutela efetiva.

Outro ponto que permite pensar dessa maneira, é o de que o Código de Processo Civil estabelece prazos para a realização dos atos processuais, sendo certo ainda que, a delimitação do tempo para a realização de referidos atos, decorre do princípio da legalidade, hodiernamente encartado na condição de direitos e garantias individuais.

Ora, porque charadística razão, o legislador imporia somente às partes o ônus de cumpri-los e o facultaria a um seu servidor?

A esta altura, a lição de Arnaldo Marmitt, é precisa ao afirmar: “*A vítima não é obrigada a endereçar sua ação contra o poder público, mas, ao dirigir diretamente contra o servidor, deve comprovar a culpa ou o dolo, vez que a responsabilidade objetiva só condiz com o poder público*”. (p. 240, 1.987)

Adilson Dallari sustenta:

“... se o administrado quiser, poderá apenas e tão-semente acionar o funcionário, assinalando que, neste caso, a vítima teria o inconveniente de ter de provar a culpa do funcionário, mas em compensação se livraria das notórias dificuldades da execução contra a Fazenda Pública: o particular tem o ônus da prova, mas vê facilitada a execução da sentença judicial”. (p. 122 -3).

CONCLUSÃO

Vê-se, pois, a inexistência de qualquer impedimento legal para responsabilizar, subjetivamente, o juiz, pela sua desídia na condução do processo, bastando para tanto, romper-se com essa subserviência quase que mitológica, por parte daqueles que necessitam da tutela jurisdicional diante daqueles que prestam à tutela jurisdicional.

A razão para quebra deste suposto paradigma é muito simples, a jurisdição é um serviço público disponibilizado pelo estado aos seus cidadãos, que tem como finalidade resguardar seu direito fundamental.

Com isso, devemos expurgar de nossos pensamentos argumentos como: o juiz está sobrecarregado, falta de magistrados, a estrutura do Poder Judiciário é precária. Ressalte-se ainda que, em persistindo estas situações fáticas, não pode o magistrado delas se servir a fim de justificar a demora, por exemplo, para apreciar um pedido de tutela antecipada. Diante da nova sistemática processual em vigor, tem-se como inadmissível.

Porém, se os aplicadores do direito não forem capazes de se sensibilizarem, adequando-se a esta nova concepção de processo, ao revés, insistindo como diuturnamente o fazem numa cognição exauriente, para o deslinde da lide, estar-se-ia girando a manivela da história ao contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Adilson. Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Revista dos Tribunais, 1.976,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 14^a ed. São Paulo, Editora Atlas, 2002.

FACCHINI Neto, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre; Liv. Do Advogado, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 9ª Edição, 2ª tiragem, Editora Saraiva, 2006.

LOPEZ MESA, Marcelo J. La carga de la prueba em certos casos de responsabilidad civil (La doctrina de las cargas probatórias dinâmicas em la jurisprudencia argentina y española). Disponível em *www.eft.com.ar*. Pesquisa em 06.03.2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 1, Teoria Geral do Processo, edição 2.006, Editora RT.

MARMITTI, Arnaldo, Perdas e Danos, Rio de Janeiro, Aide, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, 2.003, Editora Malheiros.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2º edição, São Paulo, Martins Fontes, 2.002, Coleção Justiça e Direito.

REALE, Miguel. O projeto de Código Civil. Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo, Saraiva, 1.986.

SARLET, Ingo Wolfng. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1.988, Curitiba.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. Instituição de Direito Civil, 3º ed., Forense, v. 3.

SILVA, Ovídio A. Baptista. A Antecipação de Tutela na Reforma, pág. 238, 1997.

TRIMARCHI, Pietro. Causalità e Danno, Milano – Dott. A. Giuffré – Editore 1967.

YAGÜEZ, de Angel Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (com especial atención a la reparación del daño), Madrid 1995, Editora Civitas S.A.