

I. Introdução

A Constituição portuguesa de 1976 acolheu a norma que vinha da Constituição de 1933 da indemnidade patrimonial dos juízes pelas decisões. A tradição demo-constitucional contudo era a da responsabilidade civil, modelo que nas duas décadas iniciais do século XX começou a ter a concorrência crescente de um sistema de responsabilização corporativo, ligado a um serviço de inspecções judiciais que atribuía classificação de serviço aos magistrados. A indemnidade dos anos 30 fez a hegemonia destes controles disciplinares. E durante todo o *regime autárquico* (1933-1974) não existiu verdadeiramente independência dos juízes, na lógica natural da disciplina de estado, nomeados pelo governo todos os lugares de topo da carreira, de entre os quais os cargos de Inspectores judiciais.

Contudo, o Código de Processo Civil, Decreto-Lei n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939, prevenia acção de indemnização contra magistrado, por dolo, e o sistema normativo vivia na ambiguidade do texto constitucional que parecia remeter as soluções concretas para o plano da lei comum.

A solução da Constituição vigente reproduz a mesma ambiguidade, porventura num quadro de responsabilização patrimonial directa dos agentes do Estado, segundo o princípio democrático. Entretanto, no Estatuto dos Magistrados Judiciais, Lei n.º 21/85 de 30.07¹, foi inserida a acção de regresso contra os juízes, com base em dolo e culpa grave, condenado o Estado por prejuízo decorrente de erro judiciário. A Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, saída recentemente do Parlamento, não inova muito neste capítulo, enquanto o tema tem interessado recentemente alguns autores (Rebelo de Sousa: 1992; Pereira: 2001; Dias: 2004; Fonseca: 2008). Mas as inspecções judiciais e as classificações de serviço tornaram-se argumentos decisivos no preenchimento dos lugares de juízes dos Tribunais Superiores e de *governo da magistratura*, em volta do órgão autónomo que para o efeito a lei fundamental instituiu.

A preocupação de clarificar esta problemática legitima a seguinte pergunta: *um sistema jurídico alimentado pela preocupação da garantia dos Direitos Humanos é compatível, joga, com a solução da responsabilidade burocrática dos juízes, entregue aos critérios corporativos da magistratura judicial, organizada profissionalmente? Pelo contrário, a solução da responsabilidade patrimonial directa dos juízes, que elida a reificação*

¹ Alt.: DL n.º 342/88, de 28.09; Lei n.º 2/90, de 20.01; Lei 10/94, de 05.05; Lei n.º 44/96, de 03.09; Lei n.º 81/98, de 03.12; Lei 143/99, de 31.08; Lei 3-B/2000, de 04.04; lei n.º 42/2005, de 29.08 e Lei 26/2008, de 27.06.

disciplinar, contribuirá melhor para uma vigência efectiva do respeito democrático pelos direitos fundamentais e os valores da Constituição?

Sob estas duas linhas de investigação, a narrativa e a crítica do conjunto ou do ambiente normativo actual português – que desenvolveremos ao longo do texto – perseguirá a ideia directora: da responsabilidade judicial como chave de fecho de uma arquitectura normativa dos Direitos Humanos.

A grave disfunção presente das justiças por efeito dos atrasos das sentenças e morosidade das causas exige uma energia nova ao pensamento, diagnóstico e remédio da crise, pontuados diagnóstico e remédio numa proposta (que será apresentada na conclusão) de *automatismos institucionais*, regidos pelo sistema das *custas do processo*, sob o princípio da causalidade que abranja também o *decaimento* dos juízes.

Encaminhada (a crítica ou a proposta), primeiro, na via de uma reflexão do autor, pondo entre parêntesis os discursos circundantes, num segundo momento, registará as confluências diversas para, mais além, em separado, tentar divisar uma realidade de certo modo distante e sobretudo vivida apenas nos relatos dos mesmos problemas, mas em ambiente juscultural sul-americano. Teremos então duas partes e um anexo, salientando-se na primeira a quadrícula dos *standards judiciais* e o motivo forte da vinculação do juiz ao direito; na segunda, o debate parlamentar da lei da responsabilidade civil extra-contratual do Estado por facto judicial e do regresso contra os Magistrados – conservadora; na conclusão, a proposta crítica.

Todo este percurso, digamos assim, vai ser reenviado a uma busca, através do raciocínio prático do quotidiano, das evidências que reconstituem ou nos restituem às explicações da realidade judiciária. Servirão para nos dar conta dos nós interactivos dos juristas do foro no contexto histórico e cultural de agora. A *démarche*, enfim, não conduzirá a uma percepção de *realidades totalizantes* de grande abrangência, mas supõe um dado sistema de relações em que o observador está envolvido (aqui, ele próprio magistrado judicial), com a finalidade de padronizar resultados, depurando as circunstâncias dessa mesma interacção que presidirá ao ensaio a partir dos referenciais do sujeito da investigação (Myers, 2002: 272). É este ponto de vista que terá também espelho no objecto vago de uma curiosidade inversa que suscita um olhar atento mas menos entretecido em redor dos tópicos da responsabilidade judicial, nesse outro ambiente das justiças, no cone sul da América latina: anexo ao texto, não porque lhe sirva de apoio, mas porque o sublinha.

Last but not least, se o objectivo for conseguido tem tudo a dever ao ambiente cultural do ISCTE, às sugestões, críticas e debates entre nós: à Senhora Prof. Doutora Maria Eduarda Gonçalves que estes *nós* agrega os meus maiores agradecimentos.

II Responsabilidade Judicial: um percurso singular

1. Supervisão do poder (judicial); 1.1. Enquadramento temático; 1.2 Caminhos do debate; 2. Bases da legitimidade dos juízes; 2.1. Um lugar geométrico da responsabilidade judicial: *quis custodiat custodem?*; **2.2.** Legitimação e Responsabilidade; **3. Crítica de indemnidade; 3.1.** Objecções; **3.2.** Independência e *standards* profissionais judiciais; **4. As tarefas e o mérito: mais além, na responsabilidade judicial;** 4.1 Conselho Superior da Magistratura e *standards*; **4.2.** Controlo pró legitimidade; **5. Autodisciplina; 5.1** Responsabilidade disciplinar; **6. Responsabilidades imediatas; 6.1** Falar de responsabilidade judicial na era da vinculação ao direito.

1. Supervisão do poder (judicial)

1.1. Enquadramento temático

Esteve nos últimos tempos agendada para debate na Assembleia da República a nova Lei da Responsabilidade Extra-Contratual do Estado, projecto que englobava também a responsabilização da entidade pública e dos magistrados por prejuízos causados aos particulares decorrentes da actividade jurisdicional. É tema estudado discretamente a nível técnico-jurídico, mas que naturalmente tem a maior importância no domínio da Teoria do Direito e no campo político em geral. Sempre se pôs a questão: *quem guarda os guardas?* Supõe uma *falha* na arquitectura do ordenamento e ausência de soluções congruentes do ponto de vista da plena democraticidade do judiciário. Entretanto, no caso português apresenta-se-nos um nó problemático identificado, mas nunca desfeito, a saber: de 1822 a 1933 o juiz constitucional era responsável por erro de ofício e dolo; a partir da Constituição corporativa, até ao presente, a Lei Fundamental di-lo *irresponsável* pelas suas decisões *nos termos da lei*. Claro é que a indemnidade assim outorgada pode muito bem ser subtraída por resultado do mero jogo político. De qualquer modo, continuando os magistrados judiciais a ser responsáveis a título de dolo, o que se compreende em face do sistema constitucional que intenta cobrir sem lacunas a remoção das consequências de quaisquer danos injustos, sempre surgiria dificuldade quando fosse de delimitar o *erro de sentença* excluído da censura reparadora. Certo é poder concluir-se sem dificuldade que os juízes sempre foram afinal responsáveis por negligências na condução do processo contra lei, incluindo o desrespeito dos elementos irrenunciáveis das decisões, nomeadamente no que diz respeito à fundamentação. E muito embora não haja uma consciência comum deste perfil legislativo, tanto que a prática assumia sem crítica a irresponsabilização total dos magistrados de carreira, estamos afinal

muito próximos da elegante solução novecentista do problema: erro de ofício por condução ilegal ou descuidada do processo era sancionado através da condenação em custas do juiz recorrido; por dolo ou derrisão decisória, quem prejudicado tinha *direito salvo* de ressarcimento contra o magistrado, através de acção especial. A cortina da Constituição de 1933 apenas se destinou, pois, a incorporar os juízes na disciplina do alto funcionalismo do Estado corporativo, sob o cutelo da reprimenda dos julgamentos, submetendo-se a independência judicial a um correntio exame burocrático-funcional em que se traduziram, de longa prática, as inspecções judiciais. Por conseguinte, o problema que se põe é o de *determinar o âmbito e alcance da responsabilidade judicial*, aceite, no tempo presente, a autonomia intelectual e deliberativa dos julgadores no quadro de uma independência indexada à titularidade de um órgão de poder. Enquanto tudo isto, o papel do direito e dos juristas modifica-se de modo irreversível, na rede informacional e no *outsourcing* das tradicionais tarefas do Estado/aparelho: como redesenhar o *erro de ofício* actual? O objectivo imediato deste estudo é surpreender a *vertigem* de completude do ordenamento segundo o ponto de vista específico de uma democratização do Estado situada histórico-socialmente. Deverão surgir, contrastantes, num horizonte estabilizado, conceitos de dano causado às partes que recorrem a tribunal, de *erro de ofício*, de responsabilidade patrimonial dos juízes: as linhas de força que cooptam as estruturas do Estado e um ponto de vista sobre o Direito, tutelado por um austero ideal político, revestindo de modo e intensidades diversas uma realidade que em devir irá moldar o futuro.

O estudo da *conflitualidade* judicial não tem tido favores monográficos, assente o cliché de um aparelho de justiça hierático e respeitado. Entretanto, é possível uma reflexão integrada tendo em conta a vertente de certo modo política, que não dispensa naturalmente uma tematização jurídica actual, procurada nas principais áreas críticas adstritas a um sistema de responsabilização judicial (pelos prejuízos decorrentes do erro de ofício), alimentado pela nova lei. Integrará todas as perplexidades contemporâneas, por exemplo, perante o erro de direito, a fundamentação ineficiente ou a denegação de justiça e a actuação dolosa. Procurará resolver o mais árduo problema - imputabilidade: pela culpa e negligência do *bom jurista comum* ou por *quebra da confiança concretamente esperada*. Mais além terá de estar presente um pensar fundamental e ético sobre o assunto. Entretanto está de certo modo estabilizado um modelo que supera as dúvidas de Castro Mendes (1962) quando apontava para uma simples fórmula linguística vazia de sentido no que diz respeito à indemnidade judicial, caracterizada, agora, com rigor, na confluência estrita da autonomia constitucional do *jus dicere*, abrangendo a responsabilização todo o largo campo da má condução do processo, dos

prejuízos decorrentes de terem sido preteridos os princípios incontornáveis do contraditório, da investigação oficiosa da verdade, da colaboração do tribunal com as partes e destas com o tribunal e entre si num horizonte dispositivo. Mais: no dolo, inquestionavelmente, tal como, na culpa grave, ancorou a discreta tradição legislativa. No entanto, a este consenso falta uma crítica das soluções e das práticas que dê resposta ao total esvaziamento histórico das causas de responsabilidade. E que de alguma maneira diagnostique e revele os *grafos* sociais e políticos desses não-acontecimentos, cujo resíduo se dilui na auto-disciplina, porventura atrás do espelho das classificações de serviço dos magistrados. De qualquer modo, a opção por um sistema de responsabilidade corporativa ou de responsabilização patrimonial comum dos magistrados é tema central da reforma da justiça com vista a superar-lhe uma crise endémica ou da qual, pelo menos, se tem falado desde o liberalismo, com picos de debate público acrisolado nas mudanças das instituições políticas de que são exemplos a avançada republicana, a reacção do estado autárquico e, por fim, as tentativas de democratização e, depois, de modernização que vivemos. Certo é que o tema da responsabilidade *profana*, digamos assim, dos juízes não parece poder ser desligado das preocupações de *urbanidade* do quotidiano português. Neste sentido se poderá falar de contribuição para a *queda de privilégios*, modelagens sociais adstritas às lógicas da *ruralidade* fixista e contrárias à paridade com o mundo globalizado do hoje em dia.

1.2. Caminhos do debate

A endémica *crise do juiz* tem a ver com a necessidade mais política do que social de não se pôr em questão a Justiça apesar da evidência de que não há justiça humana satisfatória, pelo menos do ponto de vista de todos quantos a reclamam. Ora, a questão posta deste modo tende a agravar-se nas sociedades contemporâneas em que o investimento narcísico maximaliza qualquer gratificação, dissolvendo a solidariedade, cimento do diálogo. Não admira, pois, que em relação aos juízes, em Portugal, se diga serem eles anjos e demónios, simultaneamente, segundo o êxito das causas; que eles próprios expressem as perplexidades de um direito que tende a ser entendido como critério de regulação equitativo do caso concreto, perante normas que não têm existência real senão pela via da interpretação tendo por referentes a liberdade e a igualdade da pauta constitucional. Este segundo tom dos efeitos da crise acaba por ser a pedra de toque do diagnóstico da actual conjuntura. Na verdade, ainda se discutem duas concepções do direito, uma que não deixa de remeter para uma razão jurídica que espera a formalização matemática, tributária de uma lógica subsuntiva estrita; outra que abre ao plural, ao dissenso,

à complexidade, aceitando que a controvérsia jurídica é o quadro e o fio condutor da decisão a estabelecer-se com vista a ser obtido um acordo de opiniões.

Ao primeiro entendimento serve um simples modelo de juiz/funcionário. Já não ao segundo, que impõe o juiz/activo no sentido de a partir de uma visão reformadora poder interpretar a realidade da sua época e conferir às decisões judiciais um escopo construtivo e modernizador, orientando-as para a eficiência dos valores essenciais da Constituição. Se no primeiro caso a legitimidade do juiz advém da vinculação à lei, no segundo terá de derivar da fidelidade à tabela de valores em vigor e aos procedimentos que remetam para o exercício público da razão jurídica em democracia: segurança jurídica vs. justiça do direito! O problema que é lícito enunciar é então o seguinte: que modelo de controlo é viável em contraposição ao de uma responsabilidade funcionalmente efectivada e tecnocrática que quadra à performatividade das burocracias? Uns (Santos, N. 2000) pretendem deixar livre curso à opinião pública ora desinformada, ora apaixonada, outros (Santos Bernardino, 2007; Martins, 2007) criar mecanismos de constrangimento mais ou menos influenciados pela estratégia política ou corporativa do momento e muitos menos são aqueles que reclamam para o juiz a liberdade de fazer a experiência da precariedade dos seus julgamentos numa artesanaria do justo que o torna actor responsável nos conflitos, precisamente nos mais agudos (Ost, 1983:47).

2. Bases da Legitimidade dos juízes

2.1. *Um lugar geométrico da responsabilidade judicial: quis custodiat custodem?*

Montesquieu defendia a eleição e não profissionalização dos juízes, a natureza temporária do cargo e, no limite, a escolha pelas partes do juiz de julgamento, com o intuito de garantir a neutralidade judicial. Do mesmo modo Locke destacava a necessidade do *indifferent judge* que, para decidir todas as controvérsias e reparar as ofensas, deve ser tributário do ou nomeado pelo legislativo. Deste modo, o poder judicial revolucionário justifica-se em si mesmo como um poder nulo, *um poder encarregado de uma tarefa paradoxal - a neutralização de todo o poder: ... funcionalmente é um não-poder* (Vasconcelos 1998: 27).

O poder judicial seria então, por assim dizer, o paradigma do controlo, do controlo da lei: interpunha-se entre a deriva do arbítrio legal e uma força executiva arbitrária, carrilava, enfim, num registo contra-arbitrário, o império da lei. E esta tipologia de controlo deixava depois ao juiz uma dupla liberdade, primeiro face ao legislativo e aos outros poderes, depois perante as consequências da decisão judicial. A pergunta *quis custodiat custodem* tornava-se

portanto paradoxal: *pela vinculação do juiz à lei conclui-se o controlo da lei pelo juiz* (Vasconcelos, 1998: 29).

Na sequência surgiu, tanto na cultura jurídica anglo-saxónica, como na cultura jurídica continental, por vias diferentes todavia e que não são subestimáveis, a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis. Perante o método da busca e apoio no precedente, a aplicação da lei supôs naturalmente, no primeiro caso, a indagação prévia do seu conteúdo: logo, a lei fundamental nunca poderia eximir-se ao conhecimento dos juízes, por ela mesma obrigados. Mas numa hermenêutica continental, foi necessário erguer a jurisdição administrativa e os conceitos da teoria pura do direito, para que a interferência judicial neste domínio tivesse sido incorporada, sob o perfil de um controlo concentrado nos tribunais constitucionais (Larenz, 1989 *tp*: 81ss). Controlo da lei, sob princípios de generalidade e abstracção, para vincular os tribunais ao programa condicional do ordenamento; universalidade que se ergue desta maneira para impedir o legislador de governar por *decreto ditatorial* (Locke, cit: § 131); imparcialidade que exprime por fim a superioridade ética da lei (Soares, 1981: 172) ... mas *rasura* do juiz. E a estes juízes é entregue apenas uma deontologia reminescente dos imperativos da *salus pública*, de renúncia ascética, *a self restrain* da jurisprudência anglo-saxónica (Vasconcelos, 1998: 31).

Entretanto a dependência residual da magistratura do executivo ou da coroa no sistema anglo-americano de nomeações *during good behaviour* permitiu-lhe um proeminente prestígio; na Europa continental só a estrita vinculação à lei lhe fez de Magna Carta, mas condenando-a a mera burocracia. São estas duas perspectivas que fazem também a diferença de tratamentos que a magistratura teve em Locke e Montesquieu. Mas é seguindo esta lógica que acabam por **não existir autênticos controlos do exercício da judicatura**, a não ser, como observa Luhmann (1983), todos os que são realizados através das instâncias de recurso, num protótipo de *institucionalização autónoma*. Contudo, o mecanismo de recursos desenha-se numa sequência temporal, mas num mesmo e único plano de soberania, sem qualquer ubiquidade, onde vai prevalecer a última das sentenças (Melo:7), enquanto as ordens processuais dão campo a iniciativas paralelas de virtuais soluções opostas do mesmo caso: reafirmam o distanciamento do juiz e o sentido de imparcialidade do julgamento. Depois, é à imunidade dos poderes públicos (*the King can do no wrong; executive privilege*) que a intangibilidade da *res judicata* vai buscar fundamento: uma vez tomada, a decisão do juiz coloca-se no plano de ser ela própria já *razão crítica* invulnerável (Canotilho, 1974: 209 ss). Assim, no plano dos controlos subjectivos acaba apenas por estar em causa *a certificação das condições ou qualificações pessoais do titular proposto, da regularidade da concreta investidura no cargo*

dessa pessoa (Vasconcelos 1998: 32). Canotilho (1991: 664/5), por exemplo, tende então a excluir a responsabilidade civil, e o respectivo direito de regresso do Estado, fora dos casos penal e disciplinar do juiz. Nesta via, toda uma arquitectura de controlo que o constitucionalismo deu ao poder judicial redundou, bem vistas as coisas, na divisão política sociedade/estado *ou, com mais rigor, entre a sociedade e a máquina do príncipe* (Vasconcelos, 1998: 32). Segundo o liberalismo - autonomia da sociedade e supremacia da representação política, que apenas pode tolerar o incontornável tipo de controlo social afecto aos tribunais: configura-se em todo este desenho das instituições a típica relação recíproca entre legislativo e executivo, únicos verdadeiros poderes separados. Muito embora, o juiz adquiriu uma opacidade quotidiana, no seu papel de face visível do legislador ao proferir sentenças de autoridade. Segundo T. Roosevelt: *...porque eles são a derradeira sede d[ela] autoridade* [do Estado] (Cappelletti, 1991: 3). As decisões dos tribunais apresentam-se, portanto, como dados no âmbito e alcance do controlo da sociedade, ao disciplinar as condutas dos particulares. Em contraponto, o poder judicial é já aqui, porém, um verdadeiro poder, ocupe ou não um lugar apagado no contexto dos papéis de um Estado não interventor assumido. Perante a singularidade do *caso* emerge, pois, a clássica separação dos poderes: *o que uma geometria euclidiana elidiria ressurgiu, agora, em representação fractal* (Vasconcelos, 1998: 33).

Ora, em face da expansão contemporânea do âmbito jurisdicional, muito para além de dedicar-se à micro conflitualidade comum, o momento de aplicar o direito acabou por recobrar a especificidade que lhe têm apontado as escolas do realismo jurídico americano, da retórica e da tópica ou das categorias hermenêuticas concretizadoras. E o conceito positivista de lei entra em colapso, deixando nos interstícios da derrocada o problema do *programa de fins* da judicatura: instala-se em definitivo, para o resolver, o tópico da garantia de um efectivo controlo deste poder. Controlo que em si mesmo seja capaz de assegurar que o poder judicial se não desvie dos seus fins nem ceda a outros interesses. É este o lugar geométrico actual da problemática da responsabilidade dos magistrados judiciais, que tem emergido ultimamente sob pressão de variados factores que podem destacar-se, por um lado, na vertigem da imputação de culpas a todos os níveis, acelerada pela comunicação social, por outro, no fenómeno recente da cada vez maior frequência das causas contra personalidades proeminentes (Commaret, 1999: 3ss). Pressente a opinião pública um certo caminho de subversão dos equilíbrios sociopolíticos, ambiente onde acabou por **renascer a ideia da responsabilidade dos juízes como meio de controlo dos controladores** (Kerbaol, 2006: 9).

Convenhamos que esta preocupação é de certo modo inerente à justiça e, por isso mesmo, se nos apresenta com relativa autonomia e pertinência, elidindo a mera oportunidade dos motivos conjunturais. Em boa verdade, é desde a Idade Média que a responsabilidade dos juízes tem vindo a ser considerada como fundamento da legitimidade dos tribunais: *ser juiz é usurpar um atributo divino, mas usurpação que se legitima acaso quem dela é autor aceite afectar os seus actos a idêntico julgamento escatológico... se, para se tornar juiz, se institui ao mesmo tempo como arguível* (Jacob, 2000: 8). A par de sanções severas e públicas, de natureza exemplar e simbólica essenciais, logo surgiram os primeiros elementos de um controlo interno exercido pelo corpo judiciário, mas a sofisticação do estado absolutista do Antigo Regime levou, desde logo, a uma muito menor visibilidade, preferíveis as pressões discretas exercidas sobre o magistrado em falta, para que ele próprio assumisse a demissão, enquanto os procedimentos disciplinares rarearam e se tornaram excepcionais ou muito discretos (Id., 2000: 77). A *prise à partie*, como fórmula da responsabilidade civil dos juízes teve contudo uma certa continuidade e a responsabilidade penal evoluiu a partir dos Códigos Penais iluministas. Contudo, o amolecimento publicitário das sanções de par com uma crescente vontade política de domínio sobre os magistrados acabou por marcar-lhes uma responsabilidade disciplinar, arma da influência do aparelho de poder. Deste modo, não é de admirar que a Revolução Francesa tenha modificado radicalmente o sistema, obliterando a competência disciplinar dos corpos judiciais, preferindo o sistema da eleição dos juízes. Mas já a Lei de 16/24 de Agosto de 1790 confiou o poder disciplinar ao representante do rei junto de cada tribunal, ao mesmo tempo que a criação do Ministério da Justiça, através da Lei 27 de Abril/ 25 de Maio de 1791 reforçou a influência do Governo sobre os magistrados. Entretanto, no ano VIII foi reconstituída a auto-disciplina e a hierarquia judiciária, para depois, a Lei de 31 de Agosto de 1833 dar um passo inovador muito importante ao criar o Conselho Superior da Magistratura como braço da *Cour de Cassation*. Os passos seguintes da disciplina judiciária são conhecidos e coincidem com a instituição dos Conselhos Superiores da Magistratura modernos no pós-guerra (Itália, França de 1946) culminando uma revolução teórica assinalável, cujo modelo mais extremo acabou por recair na Constituição Portuguesa de 1976 e sucessivas alterações de algum recuo, nomeadamente no que diz respeito à maioria obrigatória de juízes que o compunha inicialmente. A pequena síntese histórica que aqui fica revela-nos, antes de mais, uma notável permanência do problema, numa evolução que vai na direcção da visibilidade de uma resposta social para um perfil discreto da responsabilização dos magistrados, caminho este que reflecte as dificuldades da defesa da independência dos juízes na compatibilidade com uma responsabilidade pessoal forte que a arrisca. No entanto,

reflecte também uma viva consciência de a responsabilidade judicial reforçar a legitimidade dos tribunais: emerge da crença sustentável de não haver vítimas indefesas de uma qualquer incúria ou incompetência para com todos os que se submetem às justiça.

2.2. Legitimação e Responsabilidade

Não é pois nova a questão da responsabilidade dos juízes: tem sido posta desde há uns anos com uma particular acuidade (Commaret, 1999:3ss). Enfim, nos tempos que passam está na moda penalizar e encontrar um responsável para apontar a dedo. Mas também é verdade que certos casos judiciais nos fazem pensar, por exemplo, quando envolvem personalidades políticas tratadas com desfavor manifesto. É que um certo descuido das independências recíprocas do juiz e do poder político torna turbulenta a relação equilibrada dos magistrados com a sociedade.

Surgiu assim, por caminhos inesperados, o problema de erguer a responsabilidade dos juízes como um meio de *guarda dos guardas*. E de qualquer modo, a emergência de alguns casos chocantes acabou por se constituir no terreno fértil de todos os receios face às instituições judiciárias e ao papel dos magistrados.

Avançando na proposição do problema, será melhor que distingamos a responsabilidade pessoal dos juízes de certos regimes especiais como o regime da responsabilidade por prisão indevida, seja de prisão preventiva referente à não pronúncia e à absolvição, seja a de cumprimento de pena frente ao êxito do recurso de revisão, ou nos casos de responsabilidade do Estado por mau funcionamento do serviço de justiça. Trata-se de responsabilidades com bases diferentes e sobretudo distintas nas consequências que comportam. Antes de mais, se a demanda do Estado visar a reparação de um dano, a responsabilidade judicial pessoal tem por função primeira a censura do magistrado em falta e é uma responsabilidade que decalca o tríptico tradicional das responsabilidades, penal cível e disciplinar. É aqui que se instala a polémica, no braço de ferro estabelecido justamente entre a intenção de sancionar e o recuo perante a magistratura.

Algumas posições defendem então que uma modificação das regras relativas à responsabilidade judicial em nada contribuiria para o reforço da independência e do prestígio judiciais, onde esta preocupação e não outra, essencial à obra da justiça, lhe explicaria os limites clássicos (Martins, 2007). Para outros, pelo contrário, a responsabilidade judicial constitui uma alavanca do controlo da actividade judiciária, que nas repúblicas modernas **não pode deixar de ser avaliada** com autonomia (Medeiros, 2007).

Enquanto aqui os conceitos de igualdade e de justiça são investidos contra uma suposta irresponsabilidade habitual, inconsequente e mesmo perigosa, antes de mais, por força da expansão do poder de julgar, perante a outra, juízes demasiado responsáveis perdem a independência: perdem a justiça todos os que a ela recorrem.

Contudo, o problema da responsabilidade judicial deve pôr-se, com toda a tranquilidade, **no campo da legitimidade da autoridade judicial**. Com efeito, um sistema de responsabilização efectiva e pessoal dos juízes é a base apropriada da legitimidade com que se apresentam a julgar, via pela qual aderem à visão de um respeito da justiça assumido perante quem recorre a júízo. Aliás, desde a Idade Média foi de facto considerada a responsabilidade dos juízes como fundamento da legitimidade dos magistrados (Jacob, 2000: 8). E contemporâneo apesar de tudo é também o sistema de uma responsabilidade disciplinar que só penetrou na discricção de se demitirem a seu pedido, em face de certas pressões corporativas, muito mais tarde (id, 2000), não sem que o controlo sobre os juízes bem se exercesse com mão firme, afinal de contas. Entretanto, o sistema da responsabilidade civil sob a forma de *direito salvo* contra o juiz manteve uma certa continuidade, ainda pouco ou nada frequente, continuidade que não teve qualquer intensificação através da responsabilidade penal, muito mais moderna. Mas, o sistema da responsabilização disciplinar foi andando de braço dado com os apetites políticos de controlar os juízes: só a Revolução de 1789, como dissemos já, modificou radicalmente o sistema quando fez eleger os seus juízes, para mais tarde sob largo consenso aceitar a auto-disciplina da magistratura a partir da criação dos Conselhos Superiores nos finais do séc. XIX.

Todavia, o **Conselho Superior da Magistratura** cujo modelo acabou por emergir da Constituição Francesa do pós-guerra, cortou finalmente o cordão umbilical com a Cassação, de que inicialmente foi um dispositivo e instrumento. Como ponto de ordem teremos agora o seguinte: se uma responsabilidade pessoal forte corre o risco de arruinar a independência dos magistrados, pelo contrário, também é susceptível de reforçar a legitimidade dos juízes, porque aqueles que recorrem à justiça deixam de reear a incúria ou a incompetência reais ou supostas dos tribunais.

3. Crítica da Indemnidade

3.1. Objecções

O problema da responsabilidade judicial apresenta-se-nos, por um lado, sob os limites particulares do exercício da função e, por outro, dominado pelas soluções positivas tanto no

enquadramento de uma responsabilização penal como de uma responsabilização pessoal, incluindo a responsabilidade disciplinar. E é assim que, sob o primeiro aspecto, a responsabilidade judicial cabe no campo problemático das actividades profissionais refractárias à noção de erro em si mesmo e que por isso tendem a excluir o domínio de uma responsabilidade pessoal. Ora, a noção de erro profissional continua a marcar as lides, convocando a qualidade do seu autor e a competência funcional que lhe está adstrita, arrimadas ambas ao interesse geral e implicando, por necessidade lógica, uma incontornável presunção de particular proficiência. Interfere aqui um plano de discricionariedade: para os juízes tem o recorte emblemático dessa forma legal que os obriga a decidirem nos termos da lei, segundo a sua própria consciência.

Entretanto, como bem se exemplifica no exercício do instrutório penal, certos procedimentos judiciais não podem deixar de ser tidos como erro judiciário, ainda que não possam ser imputados aos magistrados, por razão de as decisões lhes serem livres. Por exemplo, a prisão preventiva em causa criminal que leva por fim à não-pronúncia ou à absolvição do arguido, constitui *erro da justiça*, base de uma responsabilização indemnizatória do Estado, mas tradicionalmente indenne para o juiz, por estar em causa um acto jurisdicional, justamente da espécie de actos que lhe cabem praticar de acordo com a lei e a sua própria consciência.

Mas a indemnidade jurisdicional que no caso português resulta do inciso da Constituição merece um maior pormenor, não obstante as decisões unânimes do Conselho Superior da Magistratura que nos dizem não poderem ser criticados despachos e sentenças, sequer sob o ponto de vista disciplinar: sê-lo-ão unicamente do ponto de vista dos motivos ou do dispositivo a que levam, por via dos recursos previstos na lei.

A aproximação às razões desta indemnidade recobre quatro pilares de importância desigual: (i) colegialidade; (ii) segredo da deliberação; (iii) vias de recurso legais; (iv) autoridade do caso julgado. Na verdade, a colegialidade impede o individualizar do erro e, portanto, torna impossível a responsabilidade do juiz colegial. Contudo, se pode ser um obstáculo à responsabilidade pessoal, não colhe quanto ao perfil erróneo do acto jurisdicional em si. E de qualquer forma, havendo um paralelismo evidente entre o exercício jurisdicional do juiz singular e do colectivo, o argumento da colegialidade traduz-se, então, numa mera dificuldade técnica ou probatória. Não será um obstáculo insuperável, por exemplo, em caso de denegação de justiça, identificada na decisão de um tribunal colectivo, onde não é impossível a imputação de uma autoria individual ou conjugada do erro de ofício a partir do modelo da distribuição dos papéis e contribuições judicantes segundo a lei do processo.

Mas o segredo das deliberações que, segundo o ordenamento nacional, no limite, ocorre apenas na jurisdição penal, perante causas afectas ao tribunal colectivo de primeira instância, que tornou ou torna impossível a individualização, poderá afastar, por conseguinte, a noção de erro de ofício do juiz do campo do acto jurisdicional. É neste caso que o exemplo italiano demonstra não constituir o segredo das deliberações senão uma dificuldade probatória que pode ser contornada. A solução veio da lei italiana da responsabilidade dos juízes de 13 Abril de 1998 a qual impôs a acta do processo verbal da deliberação: anota a posição de cada um dos membros do colectivo - a acção de responsabilidade é transmitida ao tribunal competente. Nesta via, os argumentos da indemnidade fundada no segredo são mero dogmatismo que interdita a reflexão sobre a finalidade da reserva.

Quanto à existência de vias de recurso, não impedem a ocorrência de um prejuízo, nem o remedeiam quando ocorre, em face do efeito devolutivo, regra que hoje é a do ordenamento. Neste particular deve ter-se em atenção o exemplo paradigmático do acórdão do Tribunal da Cassação belga, de 91.12.19, no caso de *Keiyeysen et als. vs Reino da Bélgica e seu Ministro da Justiça*², que fixou orientação no sentido de as vias de recurso serem e constituírem em si próprias uma condição prévia da acção de responsabilidade. A partir daqui pode afirmar-se uma distinção nítida entre os dois institutos: demonstra-nos que certas decisões anuladas, reformadas ou revogadas correspondem a hipóteses de responsabilidades, enquanto outras não implicam necessariamente um erro de ofício. Enfim, a acção de responsabilidade judicial tem de ser dissociada das vias de recurso, conquanto estas permitem apenas as reapreciações das causas, e aquela visa reparar ou sancionar o erro de um juiz no exercício da actividade jurisdicional. Neste sentido, pode citar-se, por exemplo o acórdão do Tribunal de Apelo de Paris de 89.06.21, no caso *Saint-Aubin vs Estado Francês*³, onde foi admitido explicitamente o acto jurisdicional como domínio susceptível de delimitar um erro de ofício: [as normas vigentes de responsabilidade extracontratual do Estado⁴] *não excluem de maneira nenhuma a aplicação aos actos jurisdicionais propriamente ditos*. Firmou também uma posição importante, não só ao admitir explicitamente o acto jurisdicional como um erro de ofício, mas

² In Ver.crit. jur.belge segundo trimestre 1993, p.285-293.

³ In Gaz. Pal., 89.12.19, jur., p. 944-949.

⁴ Código francês de organização judiciária – artº. L781-1(red. Dec. nº 78-329, 1978.03.16, *Journal Officiel*, 1978.03.18): *L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie par le statut de la magistrature en ce qui concerne les magistrats du corps judiciaire et par des lois spéciales en ce qui concerne les juges composant les juridictions d'attribution. L'Etat garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf son recours contre ces derniers. Toutefois, les règles de l'article 505 du Code de procédure civile continuent à recevoir application jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions législatives concernant la responsabilité des magistrats à raison de leur faute personnelle.*

sobretudo na vertente de a responsabilidade estar separada de quaisquer decisões dos tribunais de recurso de última instância (Guinchar, 1999:761/80).

O argumento mais consistente no sentido da indemnidade radica no motivo da autoridade do caso julgado: *bis de eadem re ne sit actio*. Com efeito, o carácter definitivo das decisões judiciais tem por corolário uma presunção legal de verdade que as recobre, autoridade e presunção que derivam da lógica em si de uma necessidade de pôr ponto final ao litígio: as decisões judiciais mesmo que se fundem num erro de direito ou de facto têm de ser cumpridas, no respeito da lei, artº 671º/1, 673º, 674º A, 674º B e 675º/1 CPC. Assim, uma acção de responsabilidade judicial que vise um acto jurisdicional investido de autoridade de caso julgado acaba por arriscar um reexame do litígio, ao contrário das normas legais acima citadas. Reconheceria, antes de mais, uma possibilidade de se substituir, ela própria, às vias de recurso negligenciadas e traria a inevitável consequência de um permanente descrédito do julgamento. No entanto, esta última bateria de argumentos contra a acção de responsabilidade por actos jurisdicionais pode e deve ser afastada, quando considerarmos a autoridade negativa do caso julgado, principalmente porque cai e não se exerce para além das clássicas três condições cumulativas da identidade do objecto, das partes e da causa de pedir. De facto, a acção de responsabilidade não implica nenhuma destas condições. Por outro lado, a autoridade do caso julgado diz respeito a julgamentos definitivos, ou a decisões recorridas sob efeito devolutivo, ao mesmo tempo que só incide sobre a parte dispositiva da sentença: nada impede, portanto, a crítica de um erro nos motivos e um sancionamento naturalmente respeitador da autoridade inscrita na decisão.

Mais além, a autoridade do caso julgado não conforma as sentenças proferidas com violação do contraditório, onde o julgamento não pode presumir a estabilidade, precisamente por razão de ter sido afastado, no processo de decisão, o modo que em si e por si próprio emerge do mais essencial princípio da justiça. Vejamos que muito neste sentido, na Europa, vai a jurisprudência francesa, por exemplo, quando admite o reexame da decisão judicial que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tomou como infractora da Convenção, sempre e se a indemnização concedida não remover por inteiro o prejuízo causado à parte ou às partes.

A autoridade do caso julgado é pois relativa como princípio que cede perante finalidades superiores. E de qualquer maneira, a adesão popular às decisões judiciais não será mais forte, na certeza de os demandados admitirem que não vai ser reformada, não obstante o erro da sentença. Este problema reenvia-nos para um campo diferente, de maior abrangência: a certeza de um erro jurisdicional, nestas circunstâncias, é factor de descrédito da justiça – prova a rigidez da crise dos tribunais. É nesta formulação paradoxal que a análise de erro de

ofício do magistrado judicial põe em evidência uma certa lógica de sacralização do juiz, mesmo quanto permite, apesar de tudo, fazer uma distinção *preciosa* entre a preparação do julgamento e o julgamento em si mesmo, submetido só este à irresponsabilidade que deriva da Constituição e da natureza das coisas.

Certo que desconsiderar os resultados de uma perícia sem contra-argumentos ou desrespeitar o princípio *audite et altera pars*, erros paradigmáticos, serão susceptíveis de constituir a base do pedido de responsabilidade judicial. Todavia, nas tarefas de estudo da responsabilidade civil e penal, nestes casos revela-se-nos um afunilamento com contrapartida na proposta de limites precisos para a responsabilidade pessoal do magistrado.

Não fogem à crítica de ineficiência tanto a responsabilidade civil como a responsabilidade criminal dos juízes, demasiado marcadas pelo desígnio dominante de defender a independência dos magistrados. Aquela, ancorada na responsabilidade pessoal indirecta, corresponde em geral ao exercício do direito de regresso por parte do Estado, mas também é moldada na absorção do conceito de erro de ofício pelo conceito de erro ou falta do serviço de justiça, onde o Estado é responsável do ponto de vista funcional. Para além do mais, é o garante da ressarcibilidade dos prejuízos por erro de ofício dos juízes.

Agente público, o juiz não pode ser responsabilizado por erros do serviço e só pode sofrer a censura dos erros de ofício susceptíveis de lhe serem imputados de per si: aquele que sofre os prejuízos de uma falta pessoal do magistrado é obrigado a pedir a indemnização apenas ao Estado.

A adequação e pertinência deste sistema não é, porém, inquestionável: (i) no confronto com a solução tradicional oitocentista de *direito salvo* para demandar o juiz, o Estado aceitava a autonomia e a automaticidade de ser responsável civil; (ii) a responsabilidade indirecta induz uma cesura entre a parte e o juiz que lhe causou prejuízos por erro de ofício, circunstância que o sistema antigo salvaguardava a contento; (iii) é difícil explicar porque é que a acção de regresso contra magistrado só pertence a entidades públicas, sistema onde o risco de dependência política ou perante o executivo é manifesto: a inibição, por isso mesmo, é um dos correlatos.

O sistema desagua, da sua própria lógica, na irresponsabilidade de facto dos juízes.

Depois, o alargamento das hipóteses de responsabilidade do Estado por disfunção do serviço de justiça leva naturalmente à rasura dos erros de ofício do magistrado. Este movimento tem-se situado em volta dos dois eixos: *denegação de justiça* e *erro grave*. A denegação de justiça foi alargada para o campo dos atrasos desrazoáveis, a que serve de tópico o artº 6 § 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: adere, em boa verdade, ao conceito muito mais

amplo de toda uma carência do Estado/aparelho quanto ao dever de proteger os seus cidadãos pelos tribunais.

O erro grave foi conceito que conheceu também uma evolução semelhante por via jurisprudencial, mesmo no nosso escasso ambiente juscultural, já que não foi tipificado na lei. E independentemente da visibilidade do erro judicial no contraponto com as expectativas comuns acerca de um desempenho cuidadoso dos deveres da justiça, acabou por ser admitido que uma cadeia deslizante de pequenos erros, negligências, atrasos revela, antes de mais, um funcionamento defeituoso dos serviços, podendo e devendo ser tida como falta significativa e indemnizável.

Enfim, da expectativa comum sobre o bom funcionamento passou-se para a inaptidão do serviço público de justiça em ordem ao cumprimento da missão em que está investido: nesta medida, o conceito foi objectivado, descartando critérios subjectivos e relativos ao comportamento dos magistrados.

Ficou aberto caminho para a falta grave ser emancipada da prova de um acto judicial particularmente censurável ou inescusado. Em suma, poderá ser posta entre parêntesis, nesta deriva conceitual, a responsabilidade pessoal dos juízes.

E hoje em dia, por conseguinte, põe-se a questão da utilidade do conceito *falta grave* perante uma lógica muito mais harmoniosa se for estruturada a partir do *erro simples*, mas que implica a renúncia ao direito de regresso sobre o magistrado, para garantia de independência judicial. É esta aliás a solução das legislações que já enveredaram por este caminho, como é o caso da Bélgica e do Luxemburgo (Kerboal, 2006:25).

De passo, outro objectivo é sondar o intervalo entre o ideal estruturante e os factos, tendo em conta os poucos e inexplorados registos, para se procurar e erguer um aparato analítico evolutivo, adequado a explicar e justificar porventura a crença na mais-valia da responsabilização meramente corporativa do exercício judicial.

3.2. Independência e standards profissionais judiciais

Se os tribunais são independentes, isto é, decidem as causas como poder soberano (em nome do povo, diz a Constituição), devem os juízes ser independentes (soberanos) ou apenas a Magistratura judicial no seu conjunto (como ordem profissional)? Ou nem *soberanos* os Juízes nem a Magistratura (desde logo *súbditos* dos procedimentos que concretizam a independência dos Tribunais e do sistema de vigilância correspectivo)?

A questão não é distinta da que se coloca, nos mesmos termos, para todos os titulares de Órgãos da Soberania. Tem respostas diferentes ainda que estas possam ser agrupadas pela

solução estatutária de uma certa medida de independência irrigada pela independência do próprio órgão soberano que integram.

Assim, sendo o Governo independente, nada obsta a que os ministros embora decidam livremente as políticas do Ministério estejam vinculados pelos laços de solidariedade e responsabilidade que os ligam ao comando do Primeiro-ministro e à fiscalização da Assembleia da República; a que o Primeiro-ministro dependa da maioria parlamentar e das decisões do partido ou dos partidos a que pertence ou com quem está coligado, do mesmo modo que, sendo o Parlamento independente, os Deputados não possam pôr de lado a obediência às directivas dos grupos parlamentares, em última análise aos estados-maiores partidários que os fazem mover, ainda que não respondam pelas propostas e intervenções havidas no Parlamento.

Este modelo, que é tributário do sistema de hegemonia dos partidos políticos, tem sido criticado no sentido de poder obter-se uma maior medida de independência destes titulares de órgão de soberania quando se propõem novas leis eleitorais com a finalidade de aproximar os eleitos aos eleitores.

Na verdade, o titular de órgão de soberania que goza de uma independência mais extensa é o Presidente da República, porque é eleito por maioria absoluta, em sufrágio directo e universal e se candidata por si próprio com apoios muito para além dos partidos. Será este, aliás, o paradigma que influencia o pensamento dos reformadores do sistema.

No caso do poder judicial, está fora de questão a influência directa do sistema de partidos na vida dos tribunais, mas os juízes, por isso mesmo, não beneficiam de legitimidade eleitoral, nem quanto a eles o problema da responsabilidade se pode pôr no plano estritamente político.

Tudo se reconduz então ao específico *modo técnico-científico* do exercício das funções, caucionado pela preparação universitária e pós-universitária, ancorada na autonomia científico-pedagógica tanto das Universidades como do Centro de Estudos Judiciários, mas modo esse que tem de ser aferido por *standards*, modelos de avaliação seguros, detidos por alguém.

Este pensamento leva, por isso, à refutação de que a medida de independência dos juízes, subsidiária da independência dos tribunais, coincida com uma soberania plena de cada um deles. Nesta direcção, segundo o nosso sistema jurídico, os juízes para além de em certa medida responderem criminalmente, respondem civilmente por dolo e culpa grave (ainda que por via de regresso), *não pelo conteúdo das decisões, mas pelas faltas cometidas no campo da actividade judicial que leva à tomada de decisão transitada, se determinarem danos prejudiciais*.

Assim e quando muito deverá ser privilegiada a Independência da Magistratura judicial como corpo profissional organizado, se esta maioritariamente tiver de ser chamada à definição e concretização dos necessários *standards* do exercício profissional dos juízes.

Esta solução só se impõe perante uma tradição comum dos países continentais, onde a Magistratura se estruturou, a partir das reformas de oitocentos, como carreira funcional e distinta das outras profissões jurídicas. A cisão implicou a construção de padrões deontológicos e técnicos diferenciados em si mesmos: justificam a existência coerente de uma Escola pós-universitária de magistrados judiciais.

Não deixando de referir-se que o modelo anglo-saxónico – onde a cisão não existe e os juízes togados provêm de entre os advogados mais notáveis – consolida uma bem mais real independência dos tribunais, certo é que nem sequer é desejável pôr em causa a realidade em que assenta a organização judiciária portuguesa: tomemo-la como dado.

No entanto, os *standards* do exercício profissional dos juízes deverão ser algo de comum ao saber jurídico e portanto obra inteira da comunidade dos juristas.

Por isso mesmo, os *standards* do exercício profissional dos juízes – e é isso que verdadeiramente tem importância para a independência dos tribunais – sendo matéria susceptível de estudo sistemático, podem tornar-se operativos quer através de julgamentos judiciais, quer das decisões de um órgão administrativo específico ou de um órgão director da magistratura judicial que dela própria emana.

Na tradição portuguesa que acompanhou a tradição europeia seguiram-se todos esses três passos. De início, foram os tribunais que julgaram, caso a caso, as actuações dos juízes, críticas e estimativas para as quais podiam ser solicitados pelo Ministério Público ou pelos agravados. Passou-se para um sistema em que a responsabilidade e agora também o mérito e demérito dos juízes eram aferidos por um órgão em maior ou menor medida dependente do Governo, com competência meramente administrativa e, para depois de Abril, o Conselho Superior de Magistratura arcar com uma autonomia plena, instituindo-se como verdadeiro órgão reitor da Magistratura judicial.

A composição do Conselho Superior de Magistratura desta última fase teve uma evolução em três momentos sucessivos: (i) órgão composto exclusivamente por juízes natos ou eleitos; (ii) órgão de composição mista com elementos estranhos à Magistratura (Presidente da República, Provedor de Justiça, quatro individualidades designadas pela Assembleia da República) e maioria dos juízes eleitos, representando separadamente a 1ª Instância, os juízes desembargadores e os juízes conselheiros; (iii) a actual composição – dois membros designados pelo Presidente da República, sete individualidades eleitas pela Assembleia da

Republica, por maioria de dois terços; sete juízes eleitos pelo conjunto da magistratura judicial de harmonia com o princípio da representação proporcional: cabe a presidência ao Conselheiro Presidente do Supremo Tribunal de Justiça – ele próprio juiz eleito pelos juízes que constituem o tribunal.

Este equilíbrio recente (1997) concedeu, ao receio de um domínio por forças conservadoras e corporativas, a eleição dos juízes vogais segundo o sistema da representação proporcional e, ao receio do controlo partidário ou governativo, a eleição por maioria parlamentar de dois terços dos vogais exteriores, atribuindo ainda aos juízes conselheiros um poder arbitral importante dado que ao eleger o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça vai este poder exercer no Conselheiro Superior da Magistratura a faculdade do voto de qualidade da presidência em caso de empate nas votações do plenário.

4. As tarefas e o mérito: mais além, na legitimidade judicial

4.1. Conselho Superior da Magistratura e standards

Compete, pois, ao Conselho Superior da Magistratura estabelecer a conformidade ou desconformidade do exercício profissional dos juízes com *standards* deontológicos e técnicos elaborados na prática judiciária e de que deverá aquele órgão do governo da magistratura ser repositório. Não é isenta, no entanto, de dúvidas esta missão, tanto do ponto de vista de uma suposta exclusividade, como da garantia de não existirem desvios possíveis.

Por um lado, criticou-se no sistema de eleição dos vogais juízes (que é por lista completa, i. é., cada lista concorrente tem de ter candidatos, efectivos e suplentes, quer da última instância – dois lugares – quer da segunda instância – quatro lugares – quer da primeira instância – oito lugares e repartidos pelos distritos judiciais) um perigo que efectivamente representa (quando exista apenas uma lista candidata) de rigidez e de construção conceptual unilateral (desligada da realidade contemporânea) de tais *standards* de apreciação, por obediência a um desígnio da *filosofia comum* de todos os candidatos; por outro, foi posto em evidência que no sistema de lista completa, as candidaturas estão verdadeiramente prisioneiras da alta magistratura judicial, porque as listas só poderão constituir-se se dois juízes do Supremo Tribunal de Justiça lhes derem assentimento, havendo portanto o receio de, pela ocorrência de sindicato de voto, três dezenas de juízes em final de carreira poderem muito bem determinar a escolha de todos os outros representantes da judicatura, ao imporem não só determinados candidatos oriundos do Supremo como a complacência destes em relação aos restantes, segundo uma outra *filosofia comum*.

Estas críticas tiveram e têm fundamento em acontecimentos recentes ainda que se não tenham evidenciado ou se não obtenham evidências dos danos pressentidos.

Quanto à primeira, certo é que o Conselho Superior da Magistratura tem frequentemente sido integrado por juízes vogais eleitos de uma única lista concorrente, proposta pela Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses (daí a ilusão de coerência entre todos os elementos) que naturalmente levaram consigo um ponto de vista sindicalista da magistratura, redutor e que está longe de lograr o consenso unânime dos juízes, da comunidade dos juristas e, em geral, da opinião pública.

Quanto à segunda, já se assistiu também a uma situação de lista única (mas livremente organizada) por indisponibilidade de mais do que os dois Conselheiros necessários como candidatos.

Entretanto, no pensamento das reformas da justiça (que percorrem a desjudicialização, as novas tecnologias aplicadas, o redimensionamento do mapa judiciário, políticas gestionárias do cartório e carreira dos juízes, plana e flexível, de concurso público, num novo perfil da governança judicial) têm ocorrido iniciativas ministeriais, onde se aponta a necessidade de *uma aproximação de eleitos a eleitores*, conjurando ambos estes perigos e não trazendo qualquer prejuízo ao funcionamento do Conselho Superior da Magistratura, muito pelo contrário, dando uma maior amplitude às garantias de uma independência da Magistratura judicial efectiva. Trata-se por exemplo de debater uma solução de candidaturas livres, quer individuais, quer por lista dedicada a certo número e não a todos os lugares de vogal. Os resultados da eleição poderiam permitir, depois, uma maior flexibilidade de posições coligadas com os membros do Conselho eleitos pela Assembleia da República, representantes pluralistas da opinião jurídica e da opinião pública sobre os tribunais.

Por outro lado, a questão central do estabelecimento dos limites e do critério de medida da independência dos juízes diz respeito às tarefas de investigação e fixação dos padrões de exercício profissional dos magistrados: não devem, por serem tarefas da cidadania, ser deixadas apenas ao Conselho Superior da Magistratura, mas antes envolver num empenhamento sério toda a comunidade política e os juristas.

Da parte de cada um dos juízes, tais tarefas obterão o contributo de um desempenho profissional orientado pela circunstância de o direito impor que a solução justa de um caso resulta menos da aplicação indiscutível de uma regra indiscutível, antes mais do confronto de opiniões no contraditório e de uma decisão subsequente que tenha em conta o resultado dos debates, imposta pela autoridade do tribunal (independente).

É, aliás, deste constituinte dialéctico e argumentativo da razão jurídica (como razão prática) que emerge o estatuto da independência dos júris-prudentes magistrados judiciais, vistas as coisas, porém, num outro plano de análise e de malha mais apertada.

4.2. *Controlo pró legitimidade*

A independência judicial foi inaugurada na neutralidade e distanciamento do juiz face ao conflito e às partes. Manifesta-se este ponto de vista, por exemplo, na justificação entre nós dos juízes de fora: *um oficial de justiça forâneo e estranho aos bandos locais...um elemento perturbador dos arranjos políticos* das terras (Hespanha, 1994, 196ss). Foi também neste matiz que John Locke nos apresentou a tripartição funcional dos poderes como superação do *estado natureza*, para ter acabado por abandonar os tribunais ao poder executivo, quando se ocupou da arquitectura do *governo civil*. Assim, a independência dos juízes, respeitada pelo poder político e pelos cidadãos, assumiu uma função legitimadora, mas que também significou e significa uma co-responsabilização.

No entanto, na perspectiva continental e de um direito moderno romanista, a independência judicial arrimou à figura da garantia de neutralização política do Estado perante a sociedade civil, ligando o papel de terceiro imparcial dos tribunais ao movimento emancipatório.

Porém, o incremento contemporâneo dos conteúdos jurisdicionais subverteu este conceito e tornou-o inviável: a independência dos tribunais e dos juízes que hoje conta teve e tem de recuperar esse sentido original de garantia da imparcialidade da justiça, conferida aos cidadãos que lha vão reclamar (Vasconcelos, 1994).

Teremos nesta sequência, então, de distinguir dois nós de problemas: (i) Valor da autonomia judicial a par da independência recíproca entre parlamento, governo e *poder moderador*; (ii) imparcialidade: pró legitimidade do decisor.

Como resposta à primeira pergunta o auto-governo da magistratura tem de configurar um instrumento de vinculação à lei, elemento originário e constitutivo (Dias, 1995:8), em ordem a suprimir o défice de legitimação democrática das nomeações.

Neste particular, Montesquieu aproximava a independência do poder judicial à circunstância de não vir a ter um carácter permanente e profissional. Mas a configuração foi varrida pelos ventos da história. E na dependência lógica de uma chave da autonomia judicial como centro do sistema jurídico, a organização e profissionalização dos juízes acaba por emergir tal forma de combinar a independência com a vinculação ao direito vigente, sob a proibição de denegar justiça. É a perspectiva onde surge de todo inviabilizada a possibilidade de responsabilização dos juízes pelas consequências sociais das suas decisões (Luhmann, 1993:327).

A crítica deste ponto de vista inaugura-se nessa organização e profissionalização que não é um exclusivo da magistratura, modelo que constrói, afinal de contas, toda a administração (Weber, 1984^{tc}:716ss). Ora, toda esta está sujeita a um sofisticado sistema de controlos e desde logo ao controlo judicial, sem prejuízo da orientação política que tem de prosseguir necessariamente. Do mesmo modo, o controlo da actividade jurisdicional pode e deve estabelecer-se sem comprometimento da imparcialidade decisória, baseada numa reconhecida independência judicial instrumento.

Enfim, *a decisão concreta que se exige do juiz é a operação simétrica da abstracção realizada pelo legislador* (Vasconcelos, 1998:46). Na lei está ainda a esperança de uma ordenação razoável de interesses e valores contraditórios. No judicial fecha-se o arco do poder, através da distanciação imparcial entre as duas instâncias: uma que formula, outra que aplica o direito.

Por isso parece ser antes de colher o ponto de vista de Habermas que na diferença de Luhmann continua a apontar para a centralidade do papel da lei não obstante tão desfigurada pela crise actual e mesmo no caso de ser um *poder periférico a engendrá-la por uma técnica apócrifa* (Luhmann, 1993:237).

O uso eminente da força, ínsito na decisão judicial, pergunta, no segundo núcleo problemático, por uma legitimidade legal muito embora o juiz, como fiel depositário da força legítima, se nos apresente ele próprio como definitivo legitimador do uso da força. A intervenção multiforme e multi-presente que lhe tem vindo a ser exigida desmoronou a certeza na fidelidade implícita à independência judicial e é neste desvão que tem de assentar o edifício ponte da questão jurídica dos limites do poder judicial, disso mesmo que podemos continuar a exigir-lhe sem que irremediavelmente se comprometa a sua identidade e subsistência (Luhmann, 1981:403/4).

Dito de outro modo, é a própria função de controlo do poder judicial que pelo seu controlo se procura legitimar (Vasconcelos, 1998:48).

5. Autodisciplina

5.1. Responsabilidade disciplinar

Em boa verdade a independência dos juízes não será incompatível com uma responsabilidade disciplinar eficaz. A abordagem deste tema terá de levar-nos a estudar, em primeira água, as competências, o dispositivo e o processo disciplinares judiciais.

No Conselho Superior da Magistratura, órgão desta disciplina, a maioria aritmética já não se estabelece automaticamente a favor dos representantes dos magistrados judiciais. Contudo, a maioria efectiva de juízes tem vindo a ocorrer, pela simples razão de tanto o Presidente da República como a Assembleia investirem juízes, também, nos cargos de vogais⁵.

O Conselho funciona em plenário e em comité restrito - *conselho permanente* - formado este por oito elementos: Presidente do STJ, vice-presidente do Conselho, um juiz de 2ª Instância, três juízes de 1ª Instância, um dos vogais nomeados pelo presidente da República e dois dos vogais designados pela Assembleia. Estão presentes para os assuntos do quotidiano, depois, um número limitado de vogais que exercem em permanência junto do vice-presidente, primeiro juiz dos eleitos pelos magistrados judiciais e que segundo as regras da eleição tem de ser um conselheiro do STJ. Este número foi aumentando progressivamente: passaram, até à actualidade, a desempenhar funções a tempo inteiro, ao lado do Vice-Presidente, quatro vogais, juízes da 1.ª Instância, ao passo que os dois restantes vogais juízes, desembargadores, têm 75% de redução de serviço nos respectivos tribunais da relação, estando ainda em aberto a possibilidade de dois ou mais dos vogais eleitos pela Assembleia da República poderem igualmente dedicar-se, em exclusivo ou a tempo parcial, à actividade deste órgão, o que já foi aceite pelo Ministro da Justiça⁶.

A apreciação disciplinar compete ao conselho restrito, com recurso para o plenário, ou imediatamente a este se a pena proposta for expulsiva. Num primeiro momento é nomeado um inquiridor ou um instrutor do processo, normalmente de entre os membros do corpo de inspectores judiciais, todos juízes. Mas pode também ser escolhido de entre a lista de antiguidade, incluindo jubilados. Esta última solução abre-se com frequência no caso dos feitos disciplinares que envolvem juízes de segunda instância, mais antigos e, assim, por necessidade de cumprimento da regra da precedência.

Tanto o Conselho como o Tribunal Constitucional têm entendido que em matéria de disciplina da judicatura o sistema reproduz o modelo da hierarquia burocrática, competindo portanto a iniciativa ao próprio Conselho como órgão dirigente da magistratura. Sob este ponto de vista, a queixa ou qualquer representação crítica de interesses ofendidos não abre imediatamente um procedimento, mas o inquérito ou processo disciplinar são instaurados por livre alvedrio do Conselho, mesmo em caso de assentimento. Para além disso, pode de sua

⁵ Na actualidade dos sete vogais designados pela Assembleia da República nenhum é juiz, mas dos dois nomeados pelo Presidente da República, um deles, Laborinho Lúcio, é Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça jubilado: temos portanto maioria de juízes se levarmos em conta o voto de desempate do Presidente do STJ.

⁶ Era titular José Pedro Aguiar-Branco, advogado, Deputado à Assembleia da República e presidente da Assembleia Municipal do Porto.

própria iniciativa e intuito abri-los. O Conselho Superior da Magistratura (CSM) não é entendido, portanto, nesta perspectiva, como um tribunal disciplinar a quem competisse o julgamento das faltas ou erros de ofício judiciais. Entretanto, a jurisdição contenciosa cabe ao Supremo Tribunal de Justiça.

Por consequência, o processo de inquérito ou disciplinar segue o modelo clássico do processo burocrático de investigação e debate das faltas disciplinares, segundo o modelo do serviço civil: estrutura inicial basicamente inquisitória, fase de defesa, posterior, relatório e proposta de sanção finais. O arguido pode ser representado por advogado e ser constrangido à medida cautelar de suspensão das funções, decidida pelos vogais em um ou outro dos níveis de colectivo, segundo as circunstâncias da instauração do procedimento, sob a égide do Conselho Permanente ou do Pleno do CSM.

Tem sido entendido que a acusação do arguido pode não indicar a pena aplicável, mas, neste caso, o Tribunal Constitucional já decidiu que é obrigatória a fase do contraditório antes da deliberação sobre o relatório e proposta disciplinar finais. Os recursos, nas condições gerais de admissibilidade, são de um único grau para o Supremo Tribunal de Justiça, como acima ficou dito, e que funciona, para efeitos do contencioso do CSM, em secção separada, composta pelo vice-presidente mais antigo, com voto de qualidade e por um juiz conselheiro de cada uma das secções cíveis, criminais e social, anual e sucessivamente designado tendo em conta a respectiva antiguidade⁷. Se for caso disso, os acórdãos do Supremo neste domínio admitem naturalmente recurso para o Tribunal Constitucional.

Neste campo disciplinar, para além do que possa caracterizar genericamente uma falta do juiz, cabe pôr em relevo os casos, primeiro de inquérito e, na sequência, de processo disciplinar, por motivo da nota de *mediocre* atribuída a um juiz na estimativa do mérito profissional - os juízes são inspeccionados com uma certa regularidade temporal sucessiva, que delimita também a vigência da classificação de serviço que lhe é atribuída pelo Conselho Superior da Magistratura: de *mediocre*, como vimos, até *muito bom*, valendo sempre a última, dita actualizada. A classificação negativa desencadeia pois uma pesquisa da adaptação do magistrado às funções e se redundar num demérito incontornável, leva à demissão ou à aposentação compulsiva, caso esta pena a substitua *ex lege*, ou por atenuação especial, sob processo disciplinar, fórmula da exigência de uma defesa eficaz, naturalmente.

O CSM tem entendido que no caso de o inquérito seguir, depois, como processo disciplinar mesmo tendo concluído pela adequação do visado às funções, ainda assim a deliberação final

⁷ Artº 27º/2 LOFTJ

pode ser expulsiva, cumprido o contraditório no que diz respeito à alteração da expectativa benevolente.

As faltas disciplinares, não tipificadas, regem-se pelo conceito levado ao artº 82ºEMJ: *constituem infracção disciplinar os factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos deveres profissionais, e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam, incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções.*

Importa-nos apenas o primeiro segmento do preceito: factos disciplinares dos juízes, como cometimentos culposos com violação dos deveres profissionais, onde se inscreve, com toda a clareza, o modelo de uma responsabilidade por erro de ofício que não por erro de decisão. Mas no âmbito e alcance do erro de ofício está também com certeza o julgamento parcial ou o favorecimento decisório ao contrário da isenção: há deveres profissionais infringidos nestes casos que atingem a essência mesma do papel ou posição do juiz e que, por isso mesmo, são centrais sob o ponto de vista deontológico.

Em todo o caso, fica sempre em aberto o problema de saber se é dual a responsabilidade disciplinar dos magistrados judiciais ou se pode de alguma maneira ser unificada sob uma perspectiva que aduza o défice de qualidade da resposta profissional aos motivos disciplinares gerais. Neste sentido, a penalização da nota de medíocre não seria mais do que o cume sancionatório: haveria pois na deontologia dos juízes um dever de ser competente ou, pelo menos, de conformar a performance profissional com os parâmetros de estimativa do mérito suficiente, segundo a prática das inspecções judiciais.

Ainda sem uma caracterização definida e precisa neste sentido, a tese monista parece preponderar no histórico das decisões do Conselho Superior da Magistratura. Esta orientação abre à polémica, porque o sistema das inspecções judiciais tem sido posto em causa sobretudo internamente, mas também do exterior, com acusações ora de laxismo corporativista ora de vincadas injustiças decorrentes de modulações profissionais aceites de raiz corporativa: a opinião pública, muito para além de um segmento cultivado, atento ao funcionamento das justiças, começa a exigir agora um certo controlo exterior da magistratura e dos tribunais.

A síntese mais perfeita da crítica interna das inspecções judiciais é antiga, remonta pelo menos a Américo Campos Costa (1948:3-9) em artigo sobre simplificação racional dos procedimentos (área que haveria de ocupar toda a vida de estudo e de projectos de reforma legislativa do autor). São paradigmáticos: o título – *Protesto* – e o desígnio, porque questionam o hábito corporativo em pleno autoritarismo do Estado Novo: *queremos deixar lavrado o nosso mais vigoroso protesto contra aquilo que, no juízo de todos nós, não está*

bem; por culpa... que não é tanto dos que fazem as leis como daqueles que as aplicam: ...os legisladores porém fingem ignorá-la e os magistrados, que tanto a reclamam nos bastidores dos Tribunais escondem-na aos olhos da luz...: queremos... realçar que as inspecções judiciais muito poderiam fazer no capítulo do melhor aproveitamento da actividade dos magistrados... se fornecessem as indispensáveis sugestões acerca da simplificação dos serviços a cargo deles... seria até uma maneira de perderem o carácter inquisitorial que alguém já lhes notou.

E só foi a partir do recrudescimento das queixas, nos anos 80, que a pressão interna à magistratura levou ao estabelecimento do primeiro Regulamento das Inspecções Judiciais, hoje substituído pelo regulamento aprovado pela deliberação 55/2003 do CSM, 99.10.27 (del. 833/99)⁸. Não que os estatutos judiciários, e depois os dos magistrados judiciais, tivessem deixado de dedicar atenção ao tema dos parâmetros da avaliação do mérito ... mas ignorando os direitos de defesa dos visados. Regia um catálogo de especificações acerca da assiduidade, do despacho dentro dos prazos, da burocracia do tribunal e de compostura social e política⁹, sob a norma cúpula de serem anotados, *enfim, todos os factos que a... iniciativa* [dos inspectores] *aconselh[asse], ou acaso a inspecção* [viesse a revelar] *que serv[issem] para demonstrar não só a dedicação, o zelo e a competência, ou o desleixo, ou abandono e a incompetência... nos serviços que lhes pertencem, mas também a inteligência, cultura e sentimento jurídico, o estado de saúde, a energia física e moral, o amor pela justiça, a independência política e económica, a austeridade de carácter, e outras qualidades necessárias ao prestígio das funções judiciárias*¹⁰. De certo modo generalidades, concretizados depois os critérios segundo os modismos geracionais. Mas sob uma grelha de minúcias avulsas, sistematizada e expandida em 1945¹¹, que anotava: a residência e ausências não autorizadas da Comarca; a boa organização dos livros e registos das causas; assiduidade; a observação dos prazos; o controlo do pagamento de custas e selos; a elaboração dos mapas, relatórios e informações prescritos na lei; a urbanidade, compostura e dignidade do exercício, a manutenção da disciplina e do respeito por parte do Magistrado; se exercia outras profissões ou noutra jurisdição ou lugar; se eram acessíveis a pedidos e dádivas; se acolhiam malfeitores; se assistiam a reuniões políticas e nos processos eleitorais se limitavam a exercer o direito de voto; se usavam linguagem própria do foro com respeito das marcações de diligências dos

⁸ DR, II Série, 12, de 15.01.2003, pp 666-670. Prescreve: *os serviços de inspecção não podem interferir com a independência dos juizes, nomeadamente pronunciando-se quanto ao mérito substancial das decisões judiciais, mas devem averiguar da necessidade de implementação de medidas que conduzam a uma melhoria dos serviços e facultar aos juizes todos os elementos para uma reflexão dos próprios quanto á correcção dos procedimentos anteriormente adoptados ...*

⁹ Vd. Artº 480º /1 – 20, Dec. Lei 13.808, 22.06.27; art. 480º /1-20, Dec. Lei 15.344, 12 de Abril de 1928.

¹⁰ Idem.

¹¹ DL 35 388,22.12.45.

actos judiciais, nomeadamente as correições; se usavam trajes e insígnias devidas; se zelavam nas acções da fazenda nacional; se exerciam a supervisão dos erros e faltas de processar e contar os processos e da escrituração dos livros; se nas inquirições dominavam o tema e ditavam depoimentos claros; se havia reclamações dos presos.

De entre estes pontos estruturantes da inspecção dizia-se na lei apenas, sob o ponto de vista crítica do discurso judiciário: *averiguará [o Inspector judicial] se algum ou algumas [dos despachos e sentenças] merecem referência especial, quer pela importância do ponto de vista discutido e proficiência com que este foi tratado, quer pela ignorância, leviandade, incapacidade ou espírito de ganância que revelem.*

Os inspectores ouviriam *em regra todas ou algumas pessoas da comarca que, pela sua posição oficial ou social, pelo seu carácter e pela sua honestidade conhecida ou apregoada estivessem nas condições de formular um juízo desassombrado sobre o conceito que lhes merec[ia] ou mereceu, e aos seus conterrâneos,... [o juiz] que lá serviu ou esta[va] servindo, [para depois] mencionar no respectivo relatório a sua opinião pessoal sobre tudo o que viu, reconheceu e apurou, expressando, em conclusões positivas e concretas, os resultados da inspecção*¹².

É interessante observar como estes dois conceitos chave foram evoluindo: dos estatutos de 1927/28 para o de 1944, caiu na casuística a *inspecção* de promoverem ou assistirem a reuniões políticas nas circunscrições em que administravam justiça¹³.

Na reforma de 1945 acabou por ser adoptado um outro sistema de maior interferência governamental: *de cada inspecção [seria] elaborado o relatório [para] ... apreciar os principais aspectos de intervenção do Tribunal na administração da justiça, organização e funcionamento dos serviços e os méritos e deméritos dos Magistrados*; seguia o título legal de cada um dos oito capítulos, sendo o VI – *Apreciação dos Serviços dos Juizes* – e a norma central: *o Conselho Superior Judiciário submeterá ao Ministro da Justiça o modelo de questionário geral com a pormenorização das indagações a que devem proceder os inspectores e das matérias que devem ser particularmente versadas nos diferentes capítulos do relatório*¹⁴.

No Estatuto de 1961, obra de legística notável, é *hierárquica a ordem da magistratura judicial*, e é proibido ao magistrados *manifestarem-se pela imprensa, em comícios públicos ou em mensagens individuais ou colectivas sobre actos dos órgãos da soberania, funcionários e*

¹² Idem.

¹³ Art. 427º, DL 33.547, 23.02.44.

¹⁴ Artº25º e 26º §1.º, §2.º, DL 35 388,22.12.45.

corporações oficiais, apoiando-os ou censurando-os, salvo em apreciação meramente doutrinária. Entretanto, a fiscalização e superintendência administrativa e disciplinar pertence ao *Conselho Superior Judiciário*, como órgão superior de toda a organização judicial. Compete-lhe classificar o mérito dos magistrados, e exercer a jurisdição disciplinar sobre todos os juizes da última à 1ª Instância: a acção disciplinar *abrange todos os actos e omissões da vida pública ou particular dos magistrados que constituam transgressão de deveres profissionais ou sejam incompatíveis com o decoro e dignidade indispensáveis ao exercício das suas funções.* Enquanto isso, *na apreciação deles magistrados atender-se-ia não apenas ao modo como cumpriam os seus deveres de natureza formal, mas, de preferência, à categoria mental e moral que tivessem revelado no exercício do cargo e também fora da função.*

Na classificação ordinária seriam sempre consideradas *outras informações complementares, devidamente documentadas que estivessem na posse do Conselho* e na classificação extraordinária, complemento das classificações ordinárias e que se destinava a regular a promoção à classe ou às instâncias superiores, no topo, devia ter em conta o *exame do curriculum vitae* do magistrado, segundo registos existentes no Conselho e basear-se *na apreciação de quaisquer trabalhos jurídicos livremente escolhidos, em número não superior a 10, que não tivessem sido apreciados anteriormente.*

A actividade disciplinar do Conselho baseava-se assumidamente em relatórios, informações e participações, de carácter confidencial, com origem em cada um dos juizes e sobretudo nos presidentes das Relações. Tem neste domínio importância o artº 443º/1 da lei 2113 de 11 de Abril de 1962 (estatuto judiciário): *todos os presidentes de tribunais devem enviar ao Conselho ... certidões das decisões dos seus tribunais nas quais algum magistrado ... sujeito á acção disciplinar do Conselho seja punido disciplinarmente, condenado em multa, nos termos da lei do processo, ou em perdas e danos por acções e omissões no exercício do seu cargo.* E mais além nas *correições*, sobrevivência do sistema oitocentista, que implicavam o exame de todo o processo findo, antes de transitar para o arquivo, e ainda que as irregularidades sucintamente anotadas não pudessem ser supridas, se as faltas averiguadas fossem de importância bastante seria ordenada, pelo juiz que punha o visto, *a passagem das necessárias certidões para servirem de base aos processos disciplinares e criminais* que devessem ser instaurados.

Aos inspectores competia averiguar da idoneidade moral do magistrado, apreciada pela independência e dignidade com que exercia o cargo, o apego à função, o prestígio que tivesse no meio social, a assiduidade e pontualidade dos serviços, a observância dos prazos, a

urbanidade, o uso de linguagem apropriada nos trabalhos e actos forenses, as faltas, erros ou divergências de interpretação na forma de processar e contar os processos e outras especificações burocráticas, tudo sob o guarda-sol do que pudesse servir, em geral, para demonstrar o método, energia física e moral do *servidor*, em diligência, saber, cultura e sentimento jurídico, a austeridade de carácter e outras qualidades necessárias para perfeição e prestígio das funções judiciais¹⁵.

No ante-projecto do estatuto dos magistrados judiciais apresentado em 1977 pela delegação regional de Lisboa da Associação Sindical dos Magistrados Portugueses já só se diz: *na apreciação dos [juízes] atende-se, não apenas no modo como cumprem os seus deveres de natureza formal mas, de preferência a categoria mental e moral que tenham revelado no exercício do cargo e também fora da função, enquanto ao inspector cumpre averiguar tudo o que possa contribuir para apreciar a competência para o exercício da função pelo inspecionando, seus conhecimentos, idoneidade moral ou intelectual, prestígio social, dedicação ao serviço, zelo, sensatez e cumprimento das obrigações decorrentes do estatuto e elaborar... o relatório [da inspecção]*¹⁶.

Mas o fundo matricial é o Estatuto de 1961, nestes aspectos, expurgado da dominante de um verdadeiro sistema de *intelligence* disciplinar que instituiu.

No artº 34º/1 da vigência actual da lei 25/85 de 30.07¹⁷ - Estatuto dos Magistrados Judiciais - resulta que a classificação deve atender ao modo como os juízes de direito desempenham a função, ao volume, dificuldade e gestão do serviço a seu cargo, à capacidade de simplificação dos actos processuais, às condições do trabalho prestado, à sua preparação técnica, categoria intelectual, trabalhos jurídicos publicados e idoneidade cívica¹⁸. No artº 37.º é consagrado o direito de audição do inspecionado quanto ao relatório do inspector e à proposta de estimativa do mérito do desempenho, não podendo ser acrescentados elementos novos depois de ter respondido.

No âmbito disciplinar afirma: *os magistrados judiciais são disciplinarmente responsáveis e constituem infracção disciplinar os factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos*

¹⁵ Vd. Artº433.ºss e sobretudo Artº 445, Lei cit.

¹⁶ Artº105º/3 e Artº 107º/2; das notas introdutórias: *o grupo de trabalho constituído em Lisboa... considerou... que a magistratura... exige juízes qualificados a encontrar pelas aptidões demonstradas – teve-se por indiscutível que a concessão de estímulos profissionais é o melhor modo de alcançar maior esforço e maior interesse no aperfeiçoamento, acreditou-se que as dificuldades classificativas não são insuperáveis nem de sobrepor às razões fundadas no interesse geral de uma boa administração da justiça e, finalmente, que o Conselho Superior da Magistratura poderá obter por novo espírito, a críticas vindas do passado.*

¹⁷ Alt. autorização concedida pela Lei n.º 80/88, de 7.de Julho, DL.342/88 de 28 de Setembro e pela Lei n.º 2/90, de 20.01, Lei 10/94, de 5.Maio, Lei 44/96, de 3.09, Lei 81/98, de 03.12 e Lei 143/99, de 31.08, Lei 3-B/2000 de 04.04 e Lei 42/2005 de 29.08.

¹⁸ O item capacidade de simplificação dos actos processuais foi introduzido na reforma do Estatuto levada a cabo pela Lei 193/99, 31.08.

magistrados judiciais com violação dos deveres de ofício e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções. As faltas ou são leves, a que corresponde a pena de advertência, ou negligência e desinteresse pelo cumprimento dos deveres do cargo, a que corresponde pena de multa, quebras do prestígio exigível para que o juiz possa manter-se no meio em que exerce funções – pena de transferência – ou negligências graves e graves desinteresses pelo cumprimento dos deveres profissionais, a que corresponde a pena de suspensão de exercício e de inactividade (também aplicável quando o magistrado for condenado em pena de prisão), definitiva incapacidade de adaptação às exigências funcionais, inaptidão profissional, falta de honestidade, conduta imoral ou desonrosa, aplicável que é ao arguido a pena de aposentação compulsiva e de demissão (corresponde também a ser condenado por crime praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres a ela inerentes, ou abandono do lugar).

6. Responsabilidades imediatas

6.1. Falar de responsabilidade judicial na era da vinculação ao direito

Mas o que queremos dizer quando dizemos responsabilidade judicial?

A chave de fecho do ordenamento constitucional está porventura no recurso a um tribunal independente para solução dos litígios que têm vocação de debate e encerramento jurídico. Sendo assim segundo a harmonia constitucional que se levanta nos fundamentos de poderes autónomos, mas interligados e colaborantes, também o tema há-de ser envolvido no princípio da responsabilidade do Estado/aparelho, claramente convocada ao artº 22º CRP, como pedra de toque e limite da democraticidade. O *governo do povo pelo povo e para o povo* exige a responsabilização perante o povo, por isso mesmo, também predica um ordenamento jurídico que estabeleça controlos, de base contenciosa (para garantia das liberdades), adstringentes ao papel judicial, descrito com propriedade na Constituição.

Contudo é também a Constituição que estabelece a indemnidade judicial pela decisão das causas, onde o *dizer o direito*, para se nos apresentar como motivo eficiente, tem de ter por base um tempo certo de encerramento dos debates e de finalização da controvérsia, através do caso julgado. Em suma, a indemnidade judicial pela decisão é justamente o reverso da indiscutibilidade da norma singular que está na sentença transitada. E indiscutibilidade que recebe dessa estrutura em comum a todas as normas quanto aos modos da revogabilidade e perda de vigência, no quadro por assim dizer de um direito transitório geral.

Tratamos portanto de uma responsabilidade intestina, que diz respeito a defeitos do funcionamento intercalar do sistema, e que logo seria tomada de ilógica deriva quando holística a pensássemos. Nesta perspectiva abrange sem dúvida os *erros de ofício* característicos e é a modalidade eleita, no campo jurídico, da remoção dos danos de funcionamento do serviço de justiça, prejudiciáveis, que compete e se acolhe no aparelho de estado.

A responsabilidade judicial não diz pois respeito a conteúdos, mas às faltas de referência aos procedimentos, plano em que esses mesmos procedimentos não podem deixar de ser todos aqueles que digam respeito ao funcionamento dos tribunais, órgãos independentes de estatuto constitucional: sob este ponto de vista incorporam a lei do processo e, antes de mais, os princípios negativos do arbítrio, conducentes à isenção, à lealdade e à justiça do debate das causas.

Por conseguinte, a responsabilidade judicial é, com toda a probabilidade, o tema de entre os primeiros das garantias cidadãos perante a administração da justiça ou, dito de outro modo, adere às estruturas basilares do Estado de Direito Social. Um Estado que é da ordem das constituições, do *governo do povo, pelo povo, para o povo*, recorrente da livre discussão pública (eleitoral antes de mais), de papéis multi-variados, incluindo a figura de Estado-juiz, e competências distintas e interdependentes, mas também estado promotor, tendo em vista, afirmar-se como ordenamento erigido em si e para si próprio no respeito e garantia dos Direitos Humanos levados à acção social e política.

A pergunta clássica: *quem guarda os guardas*, tem uma resposta óbvia neste contexto – é a lei da responsabilidade judicial. Mas não podendo moldar forçosamente e impor as escolhas legítimas, se as políticas forem de concordância com a Constituição, o *suporte exterior do dano pressuposto há-de residir na infracção das normas veiculares*, estabelecidas em ordem aos *fins constitucionais do ajuizamento das causas*. A supervisão da justiça delimita-se de seguida na verificação do cumprimento das *regras da arte* judiciária. É consubstancial à relação de confiança do povo (que a Constituição supõe) nos tribunais separados e subordinados à lei: surpreende e terá de continuar a surpreender uma responsabilidade sistémica com base na quebra ocorrida em concreto num dado ajuizamento da causa. Neste caso e naqueles todos em que foi reclamada a justiça instituída, isto é, composição forense de um conflito de interesses que, por assim ser, é também divergência societal, pois que esta característica e só esta o torna significativo.

Contudo, se assim é, teremos de retirar-lhe autonomia relativa, para a concebermos, a essa responsabilidade judicial, de desenlace automático no âmbito e alcance dos recursos judiciais,

tal como a condenação em custas ou a modalidade antiga de ser deixado, na decisão revogatória, *direito salvo* para acerto da indemnização devida por erro de ofício judicial.

Esta foi, com efeito, a solução oitocentista que decaiu progressivamente em face dos controlos disciplinares e de se ter instalado na prática uma indemnidade tentacular do juiz, escondida na tradição jurídica informal de ascendência no autoritarismo de trinta. Aquelas são porventura boas razões para um futuro sistema (desde logo, perante a duvidosa constitucionalidade do direito de regresso contra o juiz, no monopólio do Estado), de uma responsabilidade objectiva fundada no papel particular e orientador da lei de processo, regida pelo princípio da causalidade, aí onde está suposta a arquitectura tríplice da sucumbência de par com o definitivamente aceite conceito triangular da relação jurídico-processual – autor/juiz/réu.

Diz Pedro Bacelar de Vasconcelos (1998: 8) que *a justiça se converte em parâmetro de avaliação do desempenho dos órgãos de soberania como critério de ponderação dos resultados alcançados e, por fim, em condição essencial da legitimação substantiva do próprio estado de direito.*

Já o Sócrates de Platão leva Alcibíades¹⁹ a concluir que se deveria dirigir aos atenienses para defesa do *que é mais justo* em ordem a governá-los...sob condição (ensinava ...) de o ter ele aprendido ou descoberto.

Delimitada, então, num núcleo mais restrito de funções (dirimir conflitos, imparcial e tecnicamente formados) os juízes, como fonte da autonomia do exercício do poder judicial, têm de reproduzir com adaptação conveniente a obediência aquele mesmo socrático padrão: é o que se propõe na resposta à pergunta de início - falamos de responsabilidade judicial quando nos orienta um sistema de responsabilização automático e objectivo, desencadeado pela sucumbência, por mor de falta às regras do direito judiciário, incluindo a disciplina do processo, da independência e da imparcialidade do julgamento. Sistema este, mais além, de geometria variável quanto à estimativa da reparação do dano, num limite extremo.

É este sistema que corresponde, adaptativo, ao novo panorama da jurisdição, onde as leis optam frequentemente por uma crescente abertura mundanal e laica à sindicância por parte dos tribunais: os juízes têm agora que assegurar a cobertura de áreas cada vez mais extensas da actividade administrativa, exigindo-se-lhes a consideração de objectivos pragmáticos de realização gradual, ou que se orientam pela mera enunciação de fins, que não dispensam subsequentes tarefas executivas, envolvidos, sim, em avaliações políticas que oficiosamente

¹⁹ Platão, *Alcibíades*, tp A.M. Cruz, Porto, 1941, p.18ss

se tinham habituado a desconhecer (Vasconcelos, 1998: 20). *Sobre os tribunais desabaram, sucessivamente, o controlo da constitucionalidade, a garantia directa contra lesões dos direitos fundamentais, com remissão para conceitos vagos que visam proporcionar uma melhor adequação aos casos concretos, a defesa de interesses difusos ou public interest actions, e, para além de tudo isso, têm de enfrentar a obscuridade e deficiente formulação dos textos legislativos, uma ambiguidade por vezes intencional, panaceia para a ausência de consenso real em processos de difícil negociação* (id, id: 21).

Toma aqui a dianteira, na decadência da crença na auto-suficiência de um processo lógico-dedutivo, no munus judicial reduzido à exegese dos textos, o momento da aplicação da lei pela qual *todo o acto de interpretação constitui um aditamento de sentido* (Lamego, 1990:188ss): o legislador é agora apenas *o pólo geral de imputação da criação normativa do direito* (Castanheira Neves, 1993:285).

A jurisprudência recobrou a essência de *saber prático*, da mais antiga tradição, concebida enfim *como instrumento mediador na realização do justo*, em verdade ancorada no caso concreto (Lamego, 1990:193/202). E a decisão do juiz passa a construir-se segundo as regras elaboradas ao longo do processo de decisão – os tribunais deixaram de ser meros órgãos axiomáticos de execução da vontade legislativa: *o tribunal cria o próprio direito que aplica* (Luhmann, 1993:306).

De par, *a vinculação à lei transforma-se em vinculação ao direito e o texto legislativo converte-se em tópico cuja relevância, porventura a sua própria subsistência, ficará dependente da solução exigida pelo caso concreto* (Vasconcelos, 1999:22).

Mas a decisão do tribunal, positivo do negativo que é a proibição da denegação de justiça, é por isso mesmo de natureza irrevogável: o juiz não pode responder pelos seus efeitos (Luhmann, 1993:317).

Ao mesmo tempo, o incremento das funções dos tribunais, fragmentados em especializações técnicas, sectoriais ou regionais, de crescente organização reticular flexível, apontam para um crescimento inédito da influência social de que participavam e os juízes, seus titulares, acabam por ter de assumir um protagonismo inédito (Ossenbühl, 1980:547/8). Fala Andres Ibañez (1988:117) numa *transferência do poder político do legislador para o juiz*.

Contudo, o poder judicial, ao exercer esse poder de julgar...*tão terrível entre os homens* (Montesquieu²⁰), *não é um mediador para a implementação de objectivos políticos, não é*

²⁰ E.L., lv. XI, cap.VI

panaceia de maiorias deficientes nem substituto para a indecisão legislativa (Kissel, 1982:1778), nem um mítico guardião dos direitos dos particulares.

Montesquieu deve inspirar-nos aliás na busca de uma melhor caracterização do papel dos tribunais e dos juízes, para enfrentarmos as dificuldades de encontrar precisamente no campo judicial os estritos limites da Constituição.

III Responsabilidade judicial: Um percurso comum.

1. Juízes: como e quais?; 1.1 *Modelos da actividade judicial*; 1.2. *Logos e Rede Jurídica*; 1.3. *Legitimidade de procedimento: juiz e direitos fundamentais*; **2. Juízes: as sentenças e os despachos no devir da responsabilidade;** 2.1. *Decisão, motivação do julgamento e responsabilidade judicial independente da culpa*; **3. Ordenamentos e responsabilidade judicial;** 3.1. *Modelos das Concretizações Legislativas*; 3.2. *França; Espanha; Itália; Alemanha*; 3.3. *Portugal, até à lei da responsabilidade extracontratual do Estado por actos de gestão pública (2008)*; **4. Uma doutrina do juiz responsável: garantia dos cidadãos;** 4.1. *A Posição doutrinária de A. M. Pessoa Vaz*; **5. Argumentos parlamentares;** 5.1. *Debate em Comissão da lei vigente: Ministro da Justiça*; 5.2. *Idem: Miguel Galvão Teles*; 5.3. *Idem: Maria Lúcia Amaral*; 5.4. *Idem: M. J. Rangel Mesquita*; 5.5. *Idem: M. J. Rangel Mesquita*; **6. A nova Lei;** 6.1. *Lei 67/2007, 31.12*; 6.2. *Sequência*; 6.3. *A Responsabilidade judicial nesta lei*; 6.4. *Direito de regresso*; **7. Para quê e para quem nos textos judiciais;** 7.1. *De novo a motivação das decisões dos juízes: responsabilização social e política*; **8. Os defeitos modelares;** 8.1. *Especificidade do dolo e culpa grave do juiz*; 8.2. *A prestação de uma tutela judicial efectiva*; 8.3. *Tutela judicial efectiva e prevaricação*; 8.4. *Atraso na administração da justiça*.

1. Juízes: como e quais?

1.1. Modelos da actividade judicial

A questão da responsabilidade do juiz está intimamente ligada com a questão dos modelos da actividade judicial, segundo os vectores históricos que a têm conformado e as discussões doutrinárias a que tem dado lugar.

Na verdade, conforme se entenda o juiz como *la bouche qui prononce les paroles de la loi* (Montesquieu) ou como *arquitecto social* (Cunha Rodrigues, 1978: 63) ou como *juiz-assistencial* (Pessoa Vaz, 1991), necessariamente serão diferentes os parâmetros por que há-de aferir-se se cometeu ou não *erro de ofício* mais ainda, se esse *erro de ofício* pode constituir substrato necessário e suficiente de uma cominação sancionatória ou antes de uma reparação comunitária.

Vive-se presentemente a que pode chamar-se uma crise desses modelos e crise por abundância de referências. Assim, no número de Junho de 1990 da *Revue de l'École Nationale de la Magistrature* pôde ser escrito sobre o exercício profissional dos magistrados judiciais que não é evidente a existência de um modelo de referência, de uma definição unívoca da profissão a qual tende, pelo contrário, a tornar-se multiforme e pluralista.

É possível, no entanto, concretizar dois modelos extremos para, depois, se visionar uma nova síntese problemática.

De um lado, temos o juiz tributário de uma concepção *solar* de um direito irradiado do alto, que toma forma na lei, no código e se exprime na pirâmide normativa (Kelsen, 1962 *tf*:255)²¹ na base da qual está a decisão singular deduzida sucessivamente do vértice, único inspirador da justiça.

Do outro lado, o juiz vinculado a uma concepção *lunar* de um direito que privilegiando assentar os pés na terra o torna, a ele juiz, única fonte de direito válido (Holmes, 1897)²², substituindo-se *os autos* ao código. É que, não existindo outro direito para além do direito jurisprudencial é a decisão que tem autoridade e não a lei. A singularidade e a concretude do *casus* tomam a dianteira à generalidade e abstracção da lei.

A primeira concepção traduz as exigências do estado liberal ou do Estado de Direito do século XIX, a segunda, as do Estado Social ou do Estado Providência do século XX.

No presente, combinam-se de uma forma variável, segundo os ramos do direito, estas duas racionalidades jurídicas apenas sinteticamente diferenciadas. Da primeira foram recebidos os códigos e as constituições, os princípios e conceitos que estruturam a disciplina jurídica; da segunda os juízes que da justiça constitucional à jurisprudência de integração das lacunas e da concretização das cláusulas gerais e normas, parecem exercer o monopólio da *jurisdictio*. As exigências do Estado Social pedem, na verdade, ao direito judiciário uma autonomia dinâmica que oriente as soluções dos conflitos para acordos com os objectivos das políticas propostas pelas Constituições dirigentes, isto é, o modelo da justiça, nesta medida, não a confina ao domínio de mera aplicadora do direito, mas é o de uma justiça criadora.

Todavia, a solução não estará numa sobreposição dos dois modelos perante a falência de um e outro repetidamente verificada na crise em que se vive, já que não existe nem um pólo nem dois, nem a sobreposição de ambos, mas uma multiplicidade de pontos de vista inter-relacionados e inter-relacionáveis. Efectivamente o *direito pós moderno é uma ordenação em rede* que se traduz por uma infinidade de informações por vezes disponíveis num instante mas, ao mesmo tempo, de difícil redução a uma matriz comum, como acontece em qualquer banco de dados. E é claro reflectir-se no dia a dia dos tribunais, deste modo, um horizonte próximo do labirinto, solicitados por tão diversos formatos das causas.

²¹ Segundo o autor um sistema jurídico não é um complexo de normas em vigor, umas ao lado das outras, mas uma pirâmide ou hierarquia que se sobrepõem ou subordinam às outras, superiores ou inferiores.

²² O juiz O. W. Holmes definiu o direito desta forma: “as conjecturas sobre o que decidirão efectivamente os tribunais e nada de mais pretensioso, eis o que entendo por direito”.

O modelo do juiz não releva agora nem da transcendência²³ que como último ratio é fundamento do direito solar, nem da imanência²⁴ - caso do direito lunar – mas da dialéctica ou mesmo do paradoxo por se colocar ora entre dois pontos de vista ora num e noutro.

Voltando recorrentemente ao assunto, segundo o *modelo do código* temos: (i) o monismo jurídico; (ii) o monismo político ou da soberania do Estado (a multiplicidade das instituições Estado, e corpos intermédios do Antigo Regime é substituída pelo espaço nitidamente unificado da vontade nacional); (iii) uma racionalidade dedutiva e linear em resultado da qual a vocação do direito é a de ser aplicada aos factos (o argumento forte da controvérsia jurídica reside na invocação da racionalidade do legislador, garante da coerência lógica e da harmonia ideológica do sistema); (iv) uma concepção do tempo voluntarista, em contínuo, orientada a um futuro-matriz como propósito de assegurar o progresso pela ordem normativa (por oposição ao tempo de longa duração, o empreendimento da codificação repousa na crença moderna no progresso ao longo da história, antecipando um estado de coisas possíveis e que se estima preferível para fazer surgir um futuro melhor).

Segundo o “modelo dos autos” teremos: (i) a proliferação das decisões em concreto (a categoria dos interesses, difusa e proteiforme tende a subverter as fronteiras nítidas e a estrita hierarquia dos direitos subjectivos e à modalidade daqueles quando em confronto responde a ductilidade da norma concebida como instrumento de variação métrica, compromisso precário ou mediana estatística); (ii) a dispersão das autoridades encarregadas de dizer o direito; (iii) a preocupação de coerência lógica cede, muitas vezes à procura da “performance” prática (não é a lógica que serve de auxiliar ao jurista mas a economia, a medicina, a psiquiatria, a contabilidade...); (iv) um tempo descontínuo, feito de erupções jurídicas esporádicas que se consomem a si próprias.

Estes dois modelos não são apenas ideais tipificados mais ou menos afastados da realidade jurídica. Muito pelo contrário representam, um e outro, duas componentes características do imaginário jurídico com todos os atributos de eficácia que esta classe de representações traz consigo. Em boa verdade, ancoram no fundo histórico cultural distinto dos sistemas de direito anglo saxónico e de direito continental que cada vez mais convergem entre si.

Não admira, pois, que se tenham tentado fórmulas combinatórias, moderando aspectos de cada um dos modelos referidos, em correspondência com as atitudes tradicionais do ensino do

²³ Pôr a questão da existência de uma norma fundamental suprema implica necessariamente a questão da existência de “*uma autoridade imaginária*” que quer essa norma: Vd. H. Kelsen (1968:1977); crf. Ost; Kerchove (1985:285/324).

²⁴ Segundo Brown (1929: 394), um dos representantes desta corrente, o direito, na realidade, não existe em parte nenhuma, não está na lei, nem nas decisões judiciais, quer passadas quer presentes (salvo quanto a estas, para as partes em litígio): *não é senão em devir; emerge apenas na decisão singular, mas tal como aparece assim desaparece.*

direito. É o caso de Dworkin (1977/85) que nos descreve um juiz racional que *toma os direitos fundamentais a sério* que se esforça sempre e principalmente nos casos difíceis por encontrar uma *boa resposta* que se imponha por ela própria. Pressupõe, portanto, a unidade do direito que, segundo o que é dever do juiz, terá de orientá-lo em cada um dos julgamentos em concreto e unidade do direito no duplo sentido da mais perfeita coerência narrativa que se extraia do estado passado e presente do direito e da mais satisfatória hierarquia dos princípios de moral política partilhados pela comunidade, em cada momento histórico. Dworkin, com efeito, visa assim e ainda reconstruir a unidade ideal do direito num único e supremo limiar, garante de uma racionalidade inteira.

1.2. Logos e Rede Jurídica

Todavia, a complexidade do direito impõe-se por ela própria sendo este muito mais circulação incessante de sentido do que discurso de verdade. Por outro lado, cada uma das tarefas jurídicas diferenciadamente assumidas contribuem, cada uma à sua maneira, para dizer o direito.

Ao monismo, por isso, deverá opor-se não a dispersão mas o pluralismo agregado; ao absolutismo binário (permitido/proibido; válido/inválido) deverá opor-se o relativismo e o gradualismo, sem que se caia no cepticismo; à linearidade hierárquica deverá opor-se não o círculo vicioso, mas a retroacção criadora; ao discurso fechado e ao determinismo deverá opor-se a criatividade controlada de um discurso jurídico basicamente hermenêutico.

Esta teoria de um direito múltiplo, *estelar*, que não significa anomia ou anarquia; de um direito como circulação do sentido e sentido que não é privilégio do juiz ou do legislador, implica o reconhecimento de que a ordem jurídica se alimenta quer da desordem externa, quer da desordem interna e reproduz, por seu lado, desordem também. Na verdade, existe uma espécie de movimento endógeno do direito, de produtividade interior, que não se caracteriza como hipostasia de uma ordem jurídica, mas como processo colectivo ininterrupto e multi-direccional de circulação do *logos* jurídico (Ost, 1991: 256).

É neste paradigma pós-moderno de um direito como rede de informações ou como banco de dados que se insere o modelo de *juiz-assistencial* que deverá precaver-se contra os riscos de queda no esoterismo²⁵ implicados na impossibilidade de monopolizar a interpretação e de não

²⁵ Já se falou em estrutura em rizoma (G. Deleuze, Guattari, 1980:32): *sistema acentrado, não-hierárquico e não-insignificante, sem comando e sem memória organizadora ou autómato central, definido unicamente por uma circulação de situações*; em Heterarquia (Hofstadter, 1985): *programa desprovido de monitores, subsistindo exclusivamente em redes de transmissão interrelacionadas*; em anastomoses do direito (Vullierne, *Arch. Ph. du Droit*, t.27:11).

poder renunciar a ela, devendo contentar-se com o registo de uma latitude de mini-racionalidades no seio de uma racionalidade global incontrolável²⁶.

Mas na rede jurídica divisam-se certas linhas de força. Assim, o sentido produzido na rede não é totalmente imprevisível já que nela se desenvolvem também regularidades que não são de todo em todo aleatórias: as hierarquias institucionais permanecem. O que se passa é que a interpretação pode ser inventiva ao mesmo tempo que as hierarquias podem ser condescendentes.

Este estatuto combinatório deriva de o direito, como signo linguístico, exigir uma hermenêutica da parte dos destinatários, ao mesmo tempo que exige, em acção, que estes o interiorizem e aceitem. Logo, perante a circunstância de os sujeitos de direito (isto é, quem seja destinatário ou co-autor do direito) reconstruírem mentalmente a mensagem que lhes é dirigida e a exprimem na acção que é também uma manifestação de liberdade, tem de concluir-se que o ser do direito está necessariamente inacabado, sempre em suspenso e sempre em lançamento, indefinidamente preso na mediação desta troca (Ost, 1991: 258).

1.3. *Legitimidade de procedimento: juiz e direitos fundamentais.*

Este ponto de vista ontológico pode ainda desenvolver-se quando se descrevem as formas inovatórias dos sistemas jurídicos pós-modernos, todavia herdeiros do direito liberal do Estado de Direito e do direito social do Estado Providência que, nem por terem entrado em crise, deixaram de sobreviver. Pode acentuar-se, em primeiro lugar, a multiplicidade dos papéis jurídicos (ainda que se sublinhe, com razão, o papel do juiz não se pode minimizar o papel do legislador que edita cada vez mais normas); em segundo lugar, a interpenetração frequente de funções desde logo quando a justiça copia os procedimentos e o estilo da administração, quando esta participa na elaboração de normas gerais enquanto a legislação saída dos parlamentos mal se distingue da regulamentação ou quando, por exemplo, os sindicatos são chamados às responsabilidades de poderes públicos (por outro lado, pense-se na disseminação das funções judiciárias pelo conjunto de outros poderes públicos ou privados nos casos exemplares das comissões de inquérito parlamentares, das Altas Autoridades, dos comités de ética...); em terceiro lugar, a desmultiplicação dos níveis de poder que superando a repartição binária Estado/sociedade civil, própria do quadro jurídico liberal clássico, erigiu uma estratificação mais densa dos poderes (o estado central coexiste com as instâncias

²⁶ vd. tb. Boaventura de Sousa Santos (1990:32).

regionais e locais ao mesmo tempo que concede às ordens jurídicas supranacionais europeias importantes transferências de soberania²⁷).

Os aspectos novos das ordens jurídicas pós-modernas que se acabam de referir não deixam de produzir modificações nas modalidades da acção jurídica. Se o Estado liberal clássico se podia satisfazer com as modalidades do permitido/proibido/obrigatório, pelo contrário, o estado actual lança mão duma gama infinita de intervenções sobre os acontecimentos e as condutas.

Desde que se atribuiu funções promocionais e não só de regulamentação, o Estado incita, planifica e desencoraja as condutas que estima favoráveis ou desfavoráveis. Para tanto, criou novos e diversos instrumentos desde o plano às recomendações, aos orçamentos, às declarações governamentais, aos pactos políticos, à concertação e à contratualização que se inscrevem em sequências de acção complexa, visando a realização de programas através de uma interacção recíproca e com os instrumentos clássicos. Assim é que, por exemplo, a concertação opera sob a ameaça da adopção duma legislação autoritária da mesma maneira que no direito penal a transacção surge como um substituto duma sanção mais forte enquanto que as leis do parlamento deixam normalmente à administração margens de manobra amplas para lhe permitirem acorrer a qualquer eventualidade.

E se se divisa que a actuação do Estado pode vir a tornar-se contrária às performances pretendidas, então é erguido apenas um quadro jurídico de processo pelo qual possa passar a autonomia de subsistemas suficientemente diferenciados e com poderes para se auto-regulamentarem.

Todas estas estratégias são utilizadas simultaneamente. Desregulamenta-se mas para se regulamentar de outra maneira, despenaliza-se mas para se implementarem outras medidas de coerção, desjudicializa-se mas para se pôr em funcionamento mecanismos periciais, conciliatórios ou de arbitragem.

Neste quadro o direito é, ao mesmo tempo, estável e efémero ou experimental (*hard and soft*), conjuntural ou saturado de princípios gerais; provém, ao mesmo tempo, do centro da ordem normativa e da periferia, da desordem ou de ordens diferentes que prevalecem no exterior.

Mas o direito antes de ser regra e instituição é *logos*, discurso, sentido em suspensão. Articula-se entre a regra (que nunca é inteiramente normativa) e os factos (que nunca são inteiramente factuais), entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça.

²⁷ O direito das comunidades europeias representa, neste contexto, mais de vinte mil directivas e regulamentos, actualmente em vigor.

Permanece, no entanto, ancorado em dois dados adquiridos que são traves mestras da legitimidade deste grande jogo de sociedade e de estratégia²⁸ que ao direito pós-moderno quadra.

O primeiro diz respeito à legitimidade processual do direito. Qualquer que seja o conteúdo material das soluções que ele imponha, o direito é antes de mais um processo de discussão pública racional, um modo de composição dos conflitos equitativo e contraditório. *A principal aposta de legitimidade está, portanto, no respeito das condições de uma discussão sem constrangimentos. O respeito das normas, dos prazos, dos procedimentos é, na verdade, essencial e consubstancial ao direito. Daí a necessidade da intervenção do juiz no conflito. Muito mais do que o mérito intrínseco da decisão que tome é a interposição que ele opera no seio de uma relação de força que faz a sua própria legitimidade.* Esta mediação, por mais fraca e formal que seja, obriga as partes a dizer da sua situação, a verbalizar a pretensão, a justificar quer na linguagem comum quer de forma jurídica o comportamento que tiveram e o *bom direito* que lhes assiste. E assim fazendo, o juiz assistencial proporciona-lhes o caminho da discussão racional.

O segundo dado adquirido diz respeito ao *vínculo necessário que se estabelece entre o respeito dos procedimentos e os direitos fundamentais*. Não é exacto, certamente, que se possa defender que o direito e a democracia se remetem a regras de jogo puramente formais, compatíveis com um qualquer e indiferente conteúdo material.

Há que aceitar o pensamento e o combate das gerações que nos precedem legando-nos uma laboriosa descoberta do Homem como sujeito de direitos e titular de responsabilidades no quadro das liberdades individuais garantidas, dos direitos a prestações da comunidade e dos direitos de solidariedade, segundo as camadas sucessivas do desenvolvimento histórico dos direitos humanos, balizado pela divisa da Revolução Francesa.

²⁸ A teoria dos jogos serve para análise do fenómeno jurídico, numa perspectiva pós moderna, quando aponta como características do jogo;

(i) Contém, em si mesmo, um movimento próprio, definindo um espaço no seio do qual se desenvolve uma criatividade específica e onde se assumem papéis parcialmente determinados e se adoptam estilos discursivos próprios;

(ii) Admite um número indefinido de participantes (com papéis e réplicas não inteiramente programadas) e uma transformação, ora lenta ora rápida, dos modos de jogar quer sob as mesmas regras quer por renovação das próprias regras;

(iii) Tem uma natureza mista que combina, em proporções variáveis, a regra e a álea, a convenção e a invenção, a abertura e a rigidez (todo o jogo comporta uma parte de regra e uma parte de improvisação pelo que não se reduz nem ao respeito das regras nem à indeterminação pura e simples);

(iv) Para além das regras não existe um vazio mas um espaço do jogo que serve de medida e para a exploração do sentido do jogo (isto é, do grau de adesão aos objectivos específicos e propósitos gerais próprios) como intuição prática do sentido produzido pelo jogo em si (este modelo é particularmente útil para a caracterização das operações de interpretação e validação, do dia a dia de todos os juristas);

(v) A reflexão sobre o jogo permite articular e pensar as relações entre um polo simbólico, do jogo como representação, e um polo utilitário, do jogo como estratégia;

(vi) E a distinção entre o interior e o exterior, o limite do jogo e o “fora de jogo”; quais as fronteiras que separam o sistema daquilo que o envolve, dos arredores que tem.

É aqui que o juiz assistencial se torna no juiz activo com intuito de “a partir de uma visão progressista evolutiva, reformadora, poder interpretar e realidade da sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-as para a consagração dos valores essenciais em vigor” (Storme, Coester–Waltjen, 1991:405-491).

2. Juízes: as sentenças e os despachos no devir da responsabilidade

2.1. Decisão, motivação do julgamento e responsabilidade judicial independente da culpa

Aos três modelos de direito que implicam três diferentes modelos de juiz, acrescem também, como tem vindo a ser referido mas convém agora tratar em separado de modo sucinto, três modelos de decisão diferentes.

A decisão clássica é uma decisão em linha que pretende assegurar ao autor (sujeito livre) as escolhas mais exactas e directas. Isolada em si própria e saturada de racionalidade não conseguiu sobreviver, nos inícios do século XX, à interconexão constante entre os diversos órgãos e funções.

A decisão moderna é, por isso, um processo de empenhamento progressivo, conexionado com outros, marcada pela equi-finalidade, isto é, pelo reconhecimento da existência de mais caminhos que levam ao mesmo e único objectivo. Simplesmente, com ela fica-se entre dois mundos, entre a decisão no campo do provável e as teorias de uma sociedade aleatória, a sociedade contemporânea.

Ao homem seguro e certo correspondia a decisão como acto racional e linear, conduzida por uma finalidade precisa. Ao homem provável correspondeu uma decisão semelhante mas com o reconhecimento de vários caminhos para se chegar ao mesmo objectivo. Ao homem aleatório contemporâneo corresponde uma decisão, que é, em si mesma, um discurso interpretável, dominado pela multi-finalidade e marcado pelo reconhecimento de vários objectivos possíveis e simultâneos ou em rotura.

Esta evolução impõe, no caso da sentença judicial, a centralidade da motivação quer de facto quer de direito e do registo de todos os elementos pertinentes à discussão da causa, nomeadamente das provas (Pessoa Vaz, 1955), a procura duma super-justiça conciliatória (id.1978), e poderá impor também um deslocamento dos modelos de responsabilidade do juiz para o campo da responsabilidade objectiva, suportada pelo Estado, quer porque o juiz não possa ser visto como um sujeito-outro portador de todos os atributos do livre arbítrio, noção de que a nossa civilização não tem podido desembaraçar-se a despeito das meditações radicais

de François Jacob (1970), Foucault (1969) ou Levi-Strauss (1970) quer porque a própria teoria da culpa se socializa.

Sobre este último ponto de vista que não pertence apenas ao problema em análise não deixará de citar-se a parte final dum trabalho do Prof. doutor Orlando Gomes (1989:80), da Universidade Federal da Bahia: *faz algum tempo, o fenómeno da responsabilidade passou a ser considerado como fenómeno de reparação. Com este endereço, o regime tradicional da responsabilidade baseada na culpa foi declinado na medida em que a responsabilidade objectiva, fundada no risco ou em outros critérios, foi tomando o seu lugar. Por sua vez a responsabilidade independente de culpa evoluiu para um sistema geral de seguro individual e social (...), uma solução adequada à mentalidade consumista dos tempos presentes, na observação de um escritor. Nessa orientação a responsabilidade civil não perde a sua 'lógica nem a sua moralidade', como pensam alguns e adquire, por outro lado, uma carga pesada de solidarismo, como outros acreditam.*

3. Ordenamentos e responsabilidade judicial

3.1. Modelos das Concretizações Legislativas

A questão da responsabilidade ou irresponsabilidade do juiz não encontra todavia resposta uniforme. Nos países de *Common Law* em que a judicatura segue o modelo de organização da *Legal Profession*, isto é, em que não há carreira judicial, nem separação entre juízes e advogados, estando todos os membros da comunidade dos juristas submetidos a regras deontológicas geradas apenas no seio desta, os juízes são normalmente subtraídos a sancionamento exterior, nomeadamente não são sujeitos a responsabilidade civil, perante uma independência forte de que gozam.

Já não assim nos países de *Civil Law* em que a magistratura se organiza segundo o padrão da burocracia judiciária, isto é, havendo carreira judicial e separação clara entre juízes e advogados, aproximando-se aqueles do alto funcionalismo público e sendo, apesar de algumas especificidades, como os altos funcionários, responsabilizados pela forma como exercem as funções e assim, em termos gerais, pelos danos que produzam a terceiros, decorrentes do incumprimento ou imperfeito cumprimento dos deveres da função, isto tudo perante uma independência em sentido fraco de que gozam.

Nem mesmo nos países de paradigma burocrático, as soluções coincidem. Vejamos, desde já o que resulta de algumas Constituições continentais.

Se na Constituição Portuguesa de 1976 ficou consagrado que *os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções consignadas na lei* já na Constituição Espanhola de 1978 se diz *a justiça emana do povo e é administrada em nome do Rei por juízes e magistrados integrantes do poder judicial, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei*. Na Constituição Italiana de 1947 e na Francesa de 1958 não existe qualquer norma a proclamar expressamente o princípio da irresponsabilidade muito embora, no caso italiano, este possa estar implicado num conjunto de outras disposições, nomeadamente na que define a magistratura como *ordem autónoma e independente de qualquer outro poder* (poder do Estado é deste modo a própria magistratura e não os tribunais) e noutras que explicitam ser *a justiça administrada em nome do povo*, estando os juízes sujeitos apenas à lei que lhes assegura a independência sendo também reserva de lei todas as normas sobre a organização judiciária e sobre magistratura.

No caso francês, a questão engloba-se na da responsabilidade por mau funcionamento dos serviços públicos que incumbe ao Estado e aos funcionários. *Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de justice* que sofre atenuações, desvios e excepções, dada a especificidade da actividade judiciária.

3.2. França, Espanha, Itália, Alemanha

Os modelos de concretização de responsabilidade civil do juiz francês parecem ser úteis para um cotejo com a evolução dos modelos de juiz, exposta de início.

A responsabilidade civil do juiz assentava tradicionalmente no dolo, na fraude, na concussão e na denegação de justiça (artº. 505º do C. P. C. de 1806).

A parte que se considerasse lesada por uma violação dos deveres profissionais do juiz podia demandá-lo através de um procedimento designado por *prise à partie* que era uma via de recurso extraordinário mediante a qual a instância superior tanto podia condenar o magistrado a pagar uma indemnização como anular a decisão deste. No primeiro caso, o Estado indemnizava a parte e depois exigia o reembolso do juiz.

Se o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei e esta o produto da racionalidade do legislador, garante da coerência lógica e da harmonia do sistema, o qual tem vocação estrita de aplicação aos factos mediante uma decisão linear, com a qual o juiz se assegura da escolha mais exacta e directa, não há dúvidas de que o *erro de ofício* só pode configurar uma atitude intencional. Não faz sentido pensá-lo para além duma atitude dolosa, consoante os vários matizes, nomeadamente de ordem penal, que possa ter.

Entretanto, em 1933, surge na ordem jurídica francesa a responsabilidade por culpa grave relativa a erro que atinja as garantias da liberdade individual. É então introduzida a responsabilidade do juiz por *faute lourde professionnelle*.

A crença na bondade do modelo de decisão clássica já tinha desaparecido. Pelo menos na sensível matéria das liberdades individuais, atende-se ao direito do caso, às escolhas prováveis para obter fins unitários. E nestas circunstâncias se o juiz tem escolhas a fazer é possível pôr a questão do cometimento, por ele, de negligências graves e já não só de erros intencionais.

O regime é alargado com as reformas de 1972 (Organização Judiciária) e 1979 (Estatuto da Magistratura) que puseram definitivamente de parte o instituto da *prise à partie*. A acção de indemnização passa a ser exercida contra o Estado que tem depois direito de regresso contra o juiz se o dano se dever a *faute personnelle* do magistrado.

Generaliza-se assim o quadro precedente levado até às últimas consequências quando, como suporte subjectivo da *faute personnelle* se exige a simples culpa, mas o Estado aparece, agora, como garante do magistrado numa direcção em que se antevê para além do juiz “arquitecto social”, o *juiz assistencial*.

Em 1972 foi introduzida ainda uma reforma capital – a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelo funcionamento defeituoso do serviço de justiça.

Aqui o Estado é directamente responsável e não apenas garante do magistrado. Todavia *cette responsabilité n'est engagée que par faute lourde ou un déni de justice*.

Pareceria paradoxal esta solução, tanto mais que não se estabelece a obrigatoriedade da acção de regresso e cotejando as duas situações, no fundo o que há é sempre uma falta pessoal do juiz, se ela não indicasse uma transição consentânea com a complexidade da actividade do juiz no quadro jurídico pós-moderno²⁹.

Na Constituição Espanhola de 1978 foi introduzida uma norma que avança um pouco mais neste sentido: *os danos causados em quaisquer bens ou direitos por erro judicial, bem como os que sejam consequência do funcionamento anormal da administração da justiça, darão a todos os lesados o direito a uma indemnização a cargo do Estado, salvo os casos de força maior (...)*.

Porém, os juízes respondem civilmente por danos e prejuízos que causem quando, no desempenho das suas funções, procederem com dolo ou culpa. A responsabilidade afere-se, deste modo, pelas regras comuns o que ocasionou a generalização do seguro de

²⁹ cfr. *Infra* nº. 7 in fine.

responsabilidade civil. Nestes casos o Estado responde perante o lesado mas fica com direito de regresso contra o magistrado.

A evolução em Itália foi também no sentido de alargar à culpa a responsabilidade do magistrado. À tradicional responsabilidade do juiz por dolo sucedeu um regime, aprovado por Referendo em 1987, pelo qual a responsabilidade é do Estado, com direito de regresso, tanto nos casos em que o juiz tenha agido com dolo como com culpa grave ou tenha havido denegação de justiça. Mas (novo passo no sentido dum modelo de concretização de responsabilidade que tenha em conta o papel do juiz-assistencial) a actividade de interpretação das normas de direito e de valoração dos factos não dá lugar a responsabilidade e por culpa grave entende-se: (i) uma grave violação da lei; (ii) a afirmação, por negligência indesculpável do juiz, de factos ou a negação destes, cuja existência resulte incontestavelmente excluída ou incontestavelmente verificada, em face dos autos; (iii) o despacho de condicionamento ou privação da liberdade das pessoas fora dos casos previstos na lei ou sem motivação.

Julgada procedente a acção, o Estado tem mais um ano para exercer a acção de regresso e, salvo o caso de dolo, a indemnização não pode exceder um terço do ordenado anual do magistrado.

Na Alemanha, o juiz é responsável, segundo o BGB, *no caso de violação do dever de officio na decisão da causa* tal como qualquer funcionário por acto cometido no exercício das suas funções. Responde assim em primeiro lugar o Estado que fica com o direito de regresso.

São raras as decisões em que se chegou a uma declaração da responsabilidade do juiz, referindo-se a doutrina a um *privilégio do juiz* (Richterprivileg).

3.3. *Portugal, até à lei da responsabilidade extracontratual do Estado por actos de gestão pública (2008)*

O ponto da situação na *ordem jurídica portuguesa* remeteu-nos até à entrada em vigor da recente Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado para um estatuto de ambiguidade da figura, quando o ordenamento não definia claramente a distinção do par administração/jurisdição, mas que parecia resultar luminosa de uma hermenêutica constitucional, mantido em vigor um dispositivo legal, anterior a Abril e que na altura terá sido dos mais avançados da Europa mas que entretanto se tornou menos adequado.

Mesmo jurisprudencialmente tinha havido contradições de julgados, principalmente entre sentenças do Tribunal Constitucional e dos Tribunais Administrativos e comuns, sendo a tendência, no entanto, para admitir amplamente a responsabilidade civil do juiz por erro de officio e prevaricação processual (Pessoa Vaz/Garcia/Coelho, 1987:310-382).

Podia afirmar-se que a matéria da responsabilidade civil do juiz estava em profunda evolução, não sendo visíveis os caminhos que iria tomar, dependendo com certeza da maior ou menor latitude da liberdade que fosse deixada ao juiz em ordem a tornar-se um juiz activo e assistencial. Mas encaminhava-se já em direcção à responsabilização directa do Estado pelos danos resultantes do funcionamento defeituoso ou anómalo da administração da justiça e para uma responsabilização pessoal do juiz alargada às hipóteses de culpa grave.

Entretanto, o debate parlamentar antes da votação na especialidade da Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado que acabamos de referir relançou de certa maneira o problema a que os legisladores deram uma resposta conservadora. Veremos um e outro dos casos. Todavia, importa revisitar o pensamento do Prof. doutor Alexandre M. Pessoa Vaz sobre a responsabilidade/garantia judiciária primeira do cidadão já que fizemos alusão ao juiz assistencial, conceito que este autor cunhou.

4. Uma doutrina do juiz responsável: garantia dos cidadãos

4.1. A posição doutrinária de A. M. Pessoa Vaz

Pessoa Vaz teve uma intervenção modelar no Colóquio sobre a responsabilidade civil do juiz, organizado pelo Conselho Superior da Magistratura Italiano em Roma por ocasião do debate político acerca da lei transalpina de responsabilização judicial, a 24 e 26 de Junho de 1987. E é curioso anotar que os três oradores portugueses, os outros dois ilustres conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça³⁰, defenderam todos que o juiz português, em face da Constituição de 1976, era responsabilizável por erro de ofício, para aquém do dolo. Contudo, a intervenção dos magistrados limitou-se a ser meramente exegética, enquanto Pessoa Vaz propôs à reflexão do auditório um quadro teórico que ainda hoje é eficiente. Com efeito centrou, como já dissemos, o debate do tema no âmbito e alcance das garantias judiciárias fundamentais do cidadão face ao poder judicial, que assumem a maior relevância e acuidade na conexão das modernas estruturas jurídico-políticas e ético-sociais com o conceito de Estado Social de Direito Democrático.

Da Constituição Portuguesa ao Estatuto dos Magistrados Judiciais o ordenamento postulava a sujeição do juiz à lei e, por conseguinte, aos princípios da independência judicial e da separação de poderes. Assim, justamente no quadro da independência e da imparcialidade dos juízes é que o princípio da responsabilidade judicial funcionava *como uma contrapartida ou*

³⁰ Foram ambos mais tarde Presidentes do Tribunal, depois de terem sido Vice-Presidentes do CSM: Cons. Octávio Dias Garcia (1918-2007) e Cons. Augusto Victor Coelho.

contra medida do eventual abuso ou violação desses princípios garantísticos no ambiente próprio da legalidade democrática. Em suma: a independência e a imparcialidade do juiz, por um lado, e o jogo de todos estes princípios, por outro, não se destinavam a transformar o poder judicial num Estado dentro do próprio Estado e a converter a independência e a autonomia da magistratura...num verdadeiro e, porventura, arbitrário e incontornável governo dos juízes, com manifesta e grave violação do princípio nuclear da democracia que consiste precisamente na separação dos poderes do Estado.

Mas em contradição constitucional, a prática legalista da condução do processo civil sob o esquema da oralidade pura, grave erro jurídico, tornava improvável o erro do julgamento, *sem prova, para além da prova e mesmo contra a prova*, tanto como reduzia a zero a motivação das sentenças e conseqüentemente o duplo grau de recurso da matéria de facto. Aqui, onde o erro do ofício contribui mais poderosamente para a crise da justiça. Era, pois, impossível o controle efectivo da exactidão da sentença no domínio onde o erro constitui um dos requisitos fundamentais (materiais e formais) da efectivação da responsabilidade judicial. *Colisão profunda*, assim mesmo, *e praticamente irremovível*, entre a teoria dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado e dos juízes com esse sistema de oralidade pura e instância única então vigente no processo civil português. Contudo, *de lege data* a responsabilidade civil dos magistrados e do próprio Estado pelos danos causados aos pleiteantes por causa e no exercício da função jurisdicional estava expressamente consagrada a vários e importantes níveis normativos e assente em vários textos legais. Citava os artº 22º, 218º/2 e 271º CRP, fazendo notar que a acção de responsabilidade civil, o procedimento criminal e disciplinar intentado contra as entidades públicas não dependia, em qualquer fase, da autorização hierárquica, podendo, para além disso, a lei estabelecer o regresso. Por outro lado, eram o artº 1083º CPC, 1961 e os artº 225º, 226º, 461º e 462º CPP, 1986, com o artº 8º CC, 1967 e os artº 415º, 416º, 420º ss CP, 1982, tendo como pano de fundo os artº 2º e 3º do DL 48051 de 21 de Novembro 1967 que estabeleciam claramente a responsabilidade patrimonial directa e solidária do Estado e dos juízes pelas perdas e danos causados aos cidadãos no exercício da função jurisdicional. Neste sentido ia, aliás, também a jurisprudência mais recente e qualificada, como ocorria com Ac. STA, 89.03.07³¹, o qual expressamente incluía o artº 22º CRP em conjugação com os artº 2º e 3º do DL 48051 na mais ampla aplicação do princípio da responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos por danos

³¹ Acs doutrinais 344/45/1990.

causados aos litigantes no exercício da função jurisdicional. Citou ainda, em paralelo, os Acs. TC. 90/84 102/84 e 287/84³² e o Ac. STJ 86.05.06³³.

Assinalava a *qualificada corrente doutrinal* que fazia dos preceitos constitucionais referidos esta leitura francamente favorável à extensão da responsabilidade civil aos juízes e ao Estado, nestes casos, o que ocorria *numa linha de evolução e de continuidade histórico-legislativa desde as suas já remotas e seculares origens medievais, nos primórdios da nacionalidade...e através de todo o período liberal (1841/1867/1876/1896/1911) ...atingindo uma expressão culminante, de verdadeiro vanguardismo* [recentemente] – DL 48051 e sobretudo a Constituição da República (1976/82/89).

Por fim, do ponto de vista lógico-dogmático e enquanto um dos elementos do direito geral das pessoas à reparação dos danos causados por outrem, incluiu a responsabilidade civil extracontratual dos magistrados judiciais no amparo quer do princípio da legalidade quer do princípio da judicialidade sob a cúpula do princípio da responsabilidade do Estado. Por isso, não admirava que este tipo de responsabilidade adquirisse o perfil da responsabilidade por actos lícitos, de um maior acolhimento à protecção dos cidadãos em caso de lesão provocada pelas entidades públicas: justifica a solidariedade durante a exigência jurídica.

De resto os constitucionalistas observavam que a responsabilidade por facto da função jurisdicional podia resultar, em boa verdade, das acções ou omissões materialmente jurisdicionais indevidas de que viesse a resultar uma lesão dos direitos dos cidadãos, pois que a Constituição prescreve expressamente o ressarcimento em caso de condenação injusta em matéria criminal. E ainda assim o texto constitucional *não fez depender a responsabilidade das entidades públicas do carácter ilícito dos factos causadores dos danos, pois, se é certo que a referência à responsabilidade solidária das entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos... inculca, em primeiro lugar, as hipóteses de danos derivados de comportamento ilícito dos agentes públicos, dado que, só neste caso se justifica a responsabilidade destes últimos, todavia o âmbito normativo-material do artº 22º CRP, não podia deixar de abranger também as hipóteses de responsabilidade do Estado por actos lícitos e de responsabilidade por risco, podendo apenas a lei exigir certos requisitos quanto ao prejuízo reparável.*

Pessoa Vaz releu J. J. Gomes Canotilho (1974), autor que tematizou a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional, sugestionado por Philippe Ardant (1956) e invocando, neste sentido, a teoria de uma responsabilidade por actos lícitos confinada à reparação dos erros judiciários em matéria penal. Criticou-lhe a hesitação em a estender

³² BMJ 359/188.

³³ BMJ 357/392.

também aos erros judiciários não penais: opor-se-lhe-ia o princípio dispositivo do processo civil e em contraposição com a natureza essencialmente inquisitória do processo penal. Era entendimento daquele autor que a conexão importante do problema da responsabilidade dos magistrados (e do Estado) com o problema da delimitação dos poderes dos juízes em face das partes, no caso do direito processual civil português, haveria de ter uma solução monista, porque era o princípio inquisitório (embora moderado) que dominava também na composição dos litígios cíveis. E sublinhou a lição de Liebman (1983): *...antes de tudo há a lei, naturalmente, mas não basta, porque exactamente a lei quer de forma cada vez mais penetrante que o magistrado ao realizar as diversas tarefas de ordem material e intelectual a ele confiadas, tenha um comportamento racional e de acordo com a lógica natural compreensível e convincente, para quem esteja interessado prioritariamente nos casos... e os observe com atenção.* Satta (1969), apreciando o problema da crise da justiça italiana, que já então incluía os problemas da responsabilidade, da independência e da imparcialidade e aludindo às três regras fundamentais de o juiz não poder ser parte, nem testemunha nem defensor, sustentou: *o juiz parcial é uma monstruosidade, não só lógica, mas moral.*

5. Argumentos parlamentares

5.1. O debate em Comissão da Lei vigente

De qualquer modo, a agenda parlamentar portuguesa foi sendo preenchida e acabou por cristalizar numa proposta de substituição do DL.48051 de 21 de Novembro de 1967, a proposta 95/VIII, iniciativa que chegou a ser objecto de votação na generalidade na Assembleia da República a 01.11.30 – com aprovação por unanimidade - mas que caducou em 02.04.04, na demissão do governo e início de nova legislatura. Retomada, depois no registo 18/Prop/2003, que caducou do mesmo modo, subiu ao plenário sob a veste de proposta aprovada no Conselho de Ministros, de 05.10.20.

Em torno deste texto foi aberto na Comissão especializada um debate que marcará a importância do tema e não vai deixar de influenciar o pensamento jurídico das soluções que pouco depois vieram a ser legisladas. Consideremos a Exposição do Ministro da Justiça (Alberto Costa, 2007³⁴): a responsabilidade civil extracontratual do Estado jazia ainda regulada no diploma de 1967 - era difícil tirar partido da lei (do ponto de vista da prática era

³⁴ Alberto Bernardes Costa, advogado e um dos líderes do Movimento Estudantil de Lisboa nos finais da década de 60.

inamistosa, no tempo das Auditorias Administrativas e do Supremo Tribunal Administrativo directamente dependente da Presidência do Conselho de Ministros).

Esta proposta de lei descendia directamente, na verdade, da proposta de lei do XIV Governo e do referido projecto seguinte: tinha apenas algumas alterações de natureza pontual, visando, por exemplo matérias de localização necessária noutros diplomas, nomeadamente, no Código de Processo Penal (injustificada privação da liberdade) e formas de harmonização com o direito comunitário. Respondia a uma exigência que o ordenamento não satisfazia: o artº 22º da Constituição apontava e aponta para um regime de débito solidário, Estado/agentes públicos, que não estava devidamente regulado, desarmónico com a legislação de 1967.

Antes de mais, também não respondia devidamente quer a exigências do direito comunitário quer a uma série de avanços jurisprudenciais ou da doutrina que tinham modificado, nas últimas décadas, o panorama da responsabilidade extracontratual do Estado.

Neste contexto, as **principais inovações constantes desta proposta eram:** (i) a circunstância de abranger as várias funções do Estado (a nossa tradição era centrada na função administrativa - não existia uma construção da responsabilidade, organizada e operacional em relação à função jurisdicional e não existia de todo em relação à função político-legislativa); (ii) todas as funções do Estado passavam a estar compreendidas no novo regime, embora com princípios e especialidades distintas em vários pontos; (iii) presunção de culpa do Estado, embora da culpa leve (a nossa tradição era uma tradição escassa em resultados, em grande parte por fracasso probatório do autor e por não estar adquirido na jurisprudência e na doutrina o ponto de vista francês da *falta de serviço*); (iv) a regra da solidariedade, instituída fora dos casos da culpa leve: no caso do dolo ou de culpa vinculava o titular do órgão, o funcionário ou o agente público à responsabilidade (era uma promessa constitucional que não estava sistematicamente traduzida na legislação); (v) exercício obrigatório do direito de regresso precisamente nos casos de dolo ou culpa grave, identificadas, com precisão, as entidades que iriam ter de exercê-lo; (vi) **nos casos em que sejam juízes ou magistrados do Ministério Público que estejam em causa, a competência para decidir do exercício deste direito de regresso pertencia aos respectivos órgãos disciplinares: Conselho Superior da Magistratura, Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e Conselho Superior do Ministério Público** (tratava-se de articular devidamente uma previsão que, em relação à função jurisdicional, não poderia ter uma solução de carácter administrativo); (vii) os pressupostos da responsabilidade de magistrados judiciais e magistrados do Ministério Público não eram alterados - quer a culpa grave, quer o dolo, estavam já previstos na legislação em vigor; (viii) em relação à função jurisdicional o diploma especificaria a falha de

funcionamento do serviço de justiça que pode ter anomalias, seja no seu ritmo, seja nos seus objectivos; as decisões judiciais em contrário da Constituição, com violação da lei ou erro grosseiro na apreciação dos factos; (ix) a evolução mais inovadora era a que dizia respeito à previsão de uma responsabilidade em sede da função política ou legislativa; (x) a indemnização pelo sacrifício, no caso de danos anormais e especiais, neste novo nome, mas que já era conhecida do direito existente como responsabilidade por actos lícitos danosos.

O sistema proposto apontava, pois, para os órgãos de governo da magistratura, atribuindo-lhes a competência da estimativa da culpa grave ou do dolo, face às decisões que tivessem sido proferidas nas causas, onde previamente a responsabilidade tivesse acabado por ter sido apurada. Mas, **uma vez feita a qualificação, a consequência devia seguir-se e não devia suspender-se.**

A proposta de lei admitia, enfim, tão simplesmente a responsabilidade dos magistrados por duas razões, uma regulada noutra sede (dizia respeito à responsabilidade criminal: não estava aqui em causa, *mas tem que existir*) e outra regulada nesta sede, onde a responsabilidade civil por via indirecta, por via de regresso emergia apenas em circunstâncias altamente limitadas e restritivas: quando os juízes tivessem agido com dolo ou culpa grave (só nesses casos haveria direito de regresso) identificar-se-á neste regime tão restritivo suspeita de inconstitucionalidade?

5.2. *Idem: Miguel Galvão Teles*

No particular das audições que se seguiram será importante surpreender a colocação de problemas e o enquadramento crítico avançado por Miguel Galvão Teles (2007), membro ilustre que foi da Comissão Constitucional.

Começou por dizer que o artº22º CRP dá alguma margem de liberdade ao legislador ordinário na regulação da responsabilidade, em particular, da responsabilidade dos titulares dos órgãos ou dos agentes administrativos, designadamente no sentido de esta responsabilidade não ter sempre de ser solidária e nem sequer sempre ter de existir.

A questão já tinha sido apreciada pelo Tribunal Constitucional no sentido de serem permitidas soluções, por exemplo, como as que já constavam do DL 48051, 67.11.21. E este ponto de vista poderia orientar na solução do problema da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional: a parte mais dificultosa do diploma.

Na proposta, na opinião do autor, o erro judiciário estava formulado de modo amplíssimo, nem sequer referido a decisões *manifestamente* inconstitucionais ou ilegais, ou *manifestamente* injustificadas. Por outro lado, deveria incluir, mas a proposta não as incluiu, a

prisão preventiva insubsistente e as consequências indenizatórias da revisão penal favorável.

De qualquer modo, sustentou que as decisões jurisdicionais, no seu conteúdo, não são inconstitucionais ou ilegais: podem é ser *correctas* ou *incorrectas*.

Com efeito, para o tribunal, o direito é uma incógnita e, perante isso, apenas se pode falar de deveres centrais dos juízes, a saber: o dever de decidir em prazo ou o dever de decidir em consciência. No entanto, a posição dos juízes, a nível constitucional, não abarca poderem ser responsabilizados por alegado incumprimento de um *dever de decidir correctamente*. Muito embora, é, sim, admissível que o Estado seja responsável para além daquilo de que os juízes possam ser responsabilizados, em caso de incorrecção manifesta da sentença ou despacho, mas tem de haver um limite, porque é da natureza das coisas a variação de entendimento nos vários graus de jurisdição.

Deste modo, criticou a solução de ser condição de procedibilidade a *revogação da sentença ou despacho danoso* pela jurisdição de recurso competente: a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional deveria ter ficado para as hipóteses em que fossem alterados em recurso de revisão, ou para os casos, já previstos, de privação da liberdade, onde exista uma *decisão bárbara* que cause um qualquer dano grave.

E no que toca restritamente à responsabilidade dos juízes, ao falar-se de *erro grosseiro*, deveria ter sido qualificado o dano – mesmo lá para além do recurso de revisão – o que normalmente se nos apresenta ligado ao atraso na sentença ou despacho (que todavia faz parte dos riscos normais da justiça, a não ser em casos de extrema urgência da decisão).

Antes de mais, voltou a insistir, não há proibição constitucional que corresponda à responsabilização civil dos juízes por infracção do dever de decidir correctamente. Sendo assim, o direito de regresso contra os magistrados judiciais tem que ser limitado à violação de outros deveres que não desse dever de decidir correctamente: o dever de decidir em tempo, de acordo com os meios disponíveis, ou o dever de decidir isenta e imparcialmente, que é fundamental, pois decidir com parcialidade dá origem a prevaricação e corrupção: *para o Ministério Público, sim, mas não para os juízes: não poderia haver na primeira hipótese, em meu juízo, direito de regresso* (id., 2007).

Logo depois pôs reservas a ser prudente avançar no sentido de uma responsabilidade do Estado por mau funcionamento do serviço de justiça. E continuou: *os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções da lei, artº 216º/1.2 CRP...* a norma destina-se a assegurar a independência dos juízes, tal como acontece com os deputados. Contudo, também pode decorrer da natureza da função judicial uma possibilidade de

conceptualizar o dolo e a culpa grave por referência à ilicitude da conduta judicial. Ora bem! Não chega a haver ilicitude constitucionalmente não pode haver ilicitude, na maneira como um juiz decide uma questão, a não ser que o juiz se determine por razões diferenciadas da séria e honesta aplicação do direito: se se determinar por ódio, se for corrompido, então, sim. Porém, a questão fundamental está em firmar uma base para a regra da responsabilidade, onde surja o problema de saber se chega a haver ilicitude, porque, se não houver, não há dolo nem culpa grave.

Segundo Cardoso da Costa – avançou - o que está em causa em matéria de responsabilidade por acto da função jurisdicional diz respeito à operacionalidade jurídica de tomar como lugar paralelo a disposição do DL. 48051, 67.11.21, segundo a qual não é necessário interpor recurso contencioso do acto-fundamento-da-responsabilidade, como também não seria necessária a arguição ou não de qualquer inconstitucionalidade/base do pedido.

Diz Cardoso da Costa: não existe realmente paralelismo, porque o artº 7º do DL 48051, 67.11.21, não é, bem vistas as coisas, um passo normativo adjudicável ao sistema da responsabilidade judicial. Com efeito, no âmbito próprio do preceito está apenas em causa a responsabilidade por actos que muito embora possam implicar a aplicação de princípios e normas guia, não visam esse específico objectivo, nem provêm de um órgão da soberania cuja função seja a de resolver questões de direito - e é isso mesmo que, pelo contrário, acontece nos actos jurisdicionais (trata-se nestes e por causa destes de averiguar a responsabilidade do Estado por um acto emitido em vista da declaração do direito, de um acto com essa precisa finalidade e oriundo de um órgão para tanto constitucionalmente competente, isto é, um órgão judicial).

Entretanto, um órgão administrativo que faz a aplicação de norma legal age diferentemente de um órgão judicial que diz o direito: declaração plenamente válida enquanto não for revogada em sede de recurso por um tribunal superior.

Esta perspectiva é ainda assim diferente da dúvida inicial. Mas se se compreende que um acto definitivo da administração possa ser posto em causa, só para efeitos indemnizatórios, por uma instância judiciária, não obstante, já perante a generalidade dos efeitos que se foram constituindo em torno do caso julgado, a situação faz compreender diferentemente que não possa suceder de modo idêntico com um acto judicial, por inconstitucionalidade. A questão não é a mesma quanto à responsabilidade pela função judicial: tem de haver uma revogação (revisão) da sentença ou despacho, em face de a função do tribunal ser dizer o direito. Contudo o direito do tribunal é uma incógnita: não posso dizer que o juiz decidiu mal, não posso dizer que o juiz decidiu ilicitamente ao decidir mal - decidiu incorrectamente, mas não

se trata de um acto ilícito. Por conseguinte, pode haver aqui responsabilidade do Estado por acto lícito, mas não responsabilidade do juiz.

Em suma: *o limite está na decisão tomada em consciência: o juiz errou – paciência! Insisto sobre não poder haver responsabilidade dos juízes e não poder haver responsabilidade do Estado sem revogação da decisão judicial* (id., 2007).

5.3. *Idem Maria Lúcia Amaral*

A Prof. doutora Maria Lúcia Amaral (2007), ouvida também, abordou o tema na paisagem do delicado equilíbrio entre os interesses e direitos dos cidadãos e a boa governação, num caso em que a proposta de lei tencionava revogar e substituir uma boa lei, que resistiu à usura do tempo: lacónica, definia princípios estruturantes no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e pôde adequar-se muito bem, numa área em que o estado português era refractário à reconfiguração das necessidades sociais, ao crescendo imenso das tarefas do Estado, à maior exigência dos cidadãos e à evolução compreensiva da jurisprudência.

Mas não havia uma incompatibilidade necessária entre os princípios estruturantes que o DL 48051,67.11.21 definiu e as novas exigências da Constituição, nem por acção nem por omissão: o Tribunal Constitucional já o tinha dito – o diploma permitia uma interpretação conforme à lei fundamental. Por outro lado, no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado, numa perspectiva comparatística, os quadros legislativos são estáveis e, na verdade, normalmente lacónicos. Aliás, há ordenamentos que nem sequer têm lei, não só no caso dos direitos anglo-saxónicos, até certa altura, mas, por exemplo, em França ou na Itália, em que a responsabilidade civil do estado foi sendo sedimentada pela jurisprudência através da aplicação gradual dos princípios gerais de direito, nomeadamente dos princípios gerais de direito civil segundo as exigências da crescente complexidade do Estado.

O DL 48051 dizia respeito apenas ao domínio, digamos assim, habitual da responsabilidade que é o domínio da Administração, onde, pela própria natureza das coisas, a acção, a actuação, o agir público pode, evidentemente, lesar e lesa, mais imediatamente, os particulares: essa era intenção da primeira lei que tivemos.

Mas a proposta de lei expande-se agora para um domínio sensibilíssimo que é o da responsabilidade por actos da função jurisdicional: responsabilidade por erro judiciário.

De menos, precisava o ordenamento de alguma nova solução; de mais, pode vir a ser um factor profundamente inibitório da boa administração da justiça.

Pronunciou-se pela demasia do sistema emergente que incidia em três situações diferentes: (i) dava como resolvida a questão da sentença penal condenatória revista e da prisão preventiva não descontada na pena; (ii) abordava a responsabilidade civil por danos decorrentes de decisões inconstitucionais; (iii) incluía a responsabilidade civil por danos decorrentes de decisões jurisdicionais injustificadas e por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

A demasiada amplitude estava no segmento (ii), responsabilidade civil por danos decorrentes de decisões inconstitucionais: ocorrem quotidianamente no funcionamento do nosso sistema de constitucionalidade - levam ao recurso por aplicação no caso concreto de norma inconstitucional, sempre assim.

Associar, pois, a responsabilidade civil do Estado a um pressuposto tão amplo, é desconhecer a própria natureza da função jurisdicional e do exercício dos juízes de direito quando se formulam problemas de constitucionalidade ou de ilegalidade. Todavia nos casos de constitucionalidade as questões ainda são mais controversas. E não se trata de juízes mecânicos, não se trata de uma má administração da justiça, trata-se do funcionamento normal da justiça constitucional, trata-se de dúvidas comuns e é por isso mesmo que o sistema de constitucionalidade prevê e regula precisamente esse diálogo entre juiz de instância e juiz constitucional: admite naturalmente não estarem ambos de acordo (e é o que ocorre com frequência).

É, por conseguinte, de amplo excesso, serem base de responsabilidade civil extracontratual do Estado, estes casos que ocorrem dia a dia em que a decisão do tribunal inferior é contrária à decisão do Tribunal Constitucional. Qualquer será, se não for excluída da responsabilidade, sentença ou despacho inconstitucional ilegítimo.

Não deve, por conseguinte, uma decisão jurisdicional dita inconstitucional ser uma qualquer para efeitos de responsabilidade e para que não haja uma porta intoleravelmente aberta ao bloqueio da justiça constitucional: só faz sentido haver responsabilidade do Estado nos casos em que a decisão tenha sido proferida com dolo ou culpa grave do juiz.

A dúvida é então esta: quando não há acordo entre o tribunal de 2ª instância, o tribunal comum e o tribunal Constitucional, entende-se que os tribunais comuns proferiram decisões jurisdicionais inconstitucionais? Qualquer que seja o seu fundamento? Quaisquer que tenham sido os outros pressupostos do caso?

Este problema tem ligação com o problema da responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos da função política, alguns dos quais, tal como as sentenças e os despachos podem atribuir, agora ao juiz, nomeadamente ao juiz administrativo, a possibilidade de julgar

da ilicitude destes actos como pressuposto da responsabilidade. Cabe à lei ordinária fazê-lo? Prevenir mais um controlo de constitucionalidade que não está previsto na constituição?

Este pressuposto da ilicitude, ao ser declarado por decisão judicial, e que está incluído na própria acção de responsabilidade, introduz uma novidade de monta não apenas no domínio da responsabilidade extracontratual do Estado, mas, por intermédio dela, em todo o sistema de cobertura jurisdicional dos actos constituídos.

No fundo, irá equivaler à criação por lei ordinária da queixa constitucional, estranha ao ordenamento português, recurso de amparo em que os interessados, directamente, quando se sentem afectados num direito fundamental por um acto, qualquer que ele seja, do Estado – e na Alemanha também por leis – se queixam directamente ao tribunal... mas, ao Tribunal Constitucional, de acordo com o processo regulado pela Constituição.

Mais além, o segmento *manifestamente* deve regressar ao texto da lei como atributo do erro de ofício judicial: o Estado, segundo o artº 22º da CRP, é o conjunto dos poderes - todos os poderes devem responder, mas sem contradições intra-sistémicas. Pode, contudo, identificar-se na proposta um vício de excessiva intenção de juridificar, contrária, no fim de contas, à segurança jurídica.

Por fim, é dever do intérprete da Constituição não retirar da leitura isolada de um preceito conclusões que contradigam o sistema de distribuição das competências que a própria Constituição elege: eis o tópico da adequação funcional que não pode ser abandonado. Mas na proposta de lei, em vez de haver uma interpretação da lei em conformidade com a Constituição, há uma interpretação da Constituição em conformidade com a lei. Não pode ser, como se comprova no resultado prático de ser estabelecida normativamente a equivalência, para os devidos efeitos legais, aos requisitos de interposição de recurso para o tribunal constitucional, da decisão proferida em acção de responsabilidade. O sistema torna, assim, a jurisprudência de constitucionalidade numa última decisão sobre a inconstitucionalidade e não respeita o papel uniformizador que tem o perfil do Tribunal Constitucional.

Em suma: bem vistas as coisas, é introduzido, desta maneira, um novo recurso de constitucionalidade - legitima a pergunta sobre se a lei ordinária o pode fazer. A resposta não pode deixar de convocar a dúvida de constitucionalidade da inovação.

5.4. *Idem: M. J. Rangel Mesquita*

Foi ouvida, depois, entre outros jurisconsultos, a Prof. Doutora Maria José Rangel Mesquita (2007), que se interrogou sobre a presença do tema da violação do direito comunitário, quer seja de tratados quer seja direito derivado, no regime proposto da ilicitude/base da

responsabilidade judicial: *é óbvio que mais comum é o caso legislativo de não transposição de directivas, mas há muitos outros casos, consagrados em jurisprudência comunitária, que passam pela intervenção de órgãos que à luz das constituições nacionais estão abrangidos pelo princípio da separação de poderes, como é o caso dos tribunais* (id., 2007).

Pôs porém em questão a constitucionalidade, no modo de infracção ao direito de acesso aos tribunais, da dependência do pedido de indemnização de uma decisão jurisdicional prévia do tribunal competente: pode ter em termos de eficácia um efeito que prejudique a concretização do direito. E qualquer pressuposto que passe, neste caso do erro judiciário, por uma decisão jurisdicional prévia, seja ela decisão dos tribunais comuns ou do Tribunal Constitucional, dificulta sempre o acesso ao pedido de indemnização: *dificulta a concretização do direito constitucional à reparação* (id., 2007). E esse dificultar do exercício do direito é ainda mais grave nos casos em que os particulares não podem promover a revogação da decisão violadora da lei.

Em todo o caso, o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário é já um princípio do próprio direito comunitário e não de direito nacional: tem um conjunto de requisitos próprios, desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Qualquer Estado membro deve observá-lo e, portanto, não pode ser derogado de alguma maneira. Depois, deve ser tido em conta que um desses requisitos fundamentais trata do nexo entre a violação da norma comunitária pelo Estado membro e o dano; outro, eis que pode ser útil e também na perspectiva de limitar este tipo de responsabilidade: em regra, fala-se de uma *violação suficientemente caracterizada* (id., 2007).

Entretanto, sobre o direito de regresso contra os magistrados, levantou a dúvida de ser ou não, no projecto, um direito de exercício vinculado por parte do Estado, muito embora entendesse que deve ser um princípio geral, necessariamente vinculativo.

5.5. *Idem: M. J. Rangel Mesquita*

Na audição da Prof. doutora Maria da Glória Garcia (2007) começou por perguntar-se qual seria a consequência do não exercício de direito de regresso enquanto poder vinculado: *apesar de parecer muito forte este direito de regresso, não se percebe muito bem como é que, realmente, vai poder ser compelido o não exercício do direito de regresso: a verdade é também poder vir a tornar-se num direito simbólico, numa pura e simples soft law ou, realmente, numa lei que tem, pura e simplesmente, um efeito pedagógico* (id., 2007).

O remédio estaria na hipótese de centralizar os dados sobre sentenças transitadas em julgado que fixassem indemnizações no quadro da responsabilidade civil extracontratual do Estado,

seguindo, por exemplo, a solução do artº 188º, n.º 2, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais: prevê a necessidade de, anualmente, até 1 de Março, o Estado português, pelo Ministério da Justiça, informar a Comissão das Comunidades Europeias sobre os processos onde foi suscitada a violação de normas comunitárias.

Essa centralização permite a avaliação dos resultados e o acompanhamento da litigiosidade que, nesta área, exista em Portugal; significaria, no quadro da responsabilidade por actos de poder judicial, poder perceber-se também quantas vezes é que o Estado e as diferentes entidades públicas, em cada ano, são obrigadas a pagar indemnizações.

Contudo, tornará ela claro que os três poderes do Estado não estão exactamente no mesmo plano: (i) o poder administrativo é objecto de um tratamento que leva, até às últimas consequências, através do direito-de-regresso/poder-vinculado - dá cumprimento ao artº 271º/4 CRP, integralmente; (ii) em relação ao poder judicial, o direito de regresso não é vinculado, mas está compreendido no artº 21º/2 CRP; (iii) em relação ao poder político e ao legislativo, porém, não há direito de regresso.

Entretanto, o artº 11º/1 CRP, diz que os titulares dos órgãos do poder político são responsáveis, civil, criminal e politicamente: *poderemos, realmente, interrogarmo-nos a esse nível.*

Continuou: não vejo retratado no projecto o Estado pós-moderno; o que vejo aqui retratado é o Estado do século XX, ou seja, do século passado, é o Estado liberal a que se juntou, posteriormente, o Estado social, mas não estou a ver o Estado do século XXI, o Estado do pós-moderno, o Estado que vemos presente, hoje, por exemplo, na Autoridade da Concorrência, na Autoridade de Segurança Alimentar e Económica ou, ainda, na Comissão de Segurança de Bens e Serviços, nova forma de agir do Estado, o Estado propulsor que recomenda, informa, alerta, faz avisos, num ou noutro sentido, avalia (id., 2007).

E este Estado é o Estado, disse, que entra dentro das nossas casas, dentro da nossa liberdade, de forma insinuosas, com recomendações³⁵, i. é., o Estado recomenda, informa, avisa, faz avaliações de risco (id., 2007).

Ora bem! Esta administração não é uma administração que age através de actos, não é uma administração que age através de regulamentos; é uma administração que age desta forma diferente: põe-se o problema de lesar direitos - temos de encontrar uma fórmula para lhe dar resposta em termos de responsabilidade extracontratual do Estado: ...*não vejo nesta proposta*

³⁵ Comissão de Segurança de Bens e Serviços: *se usarem um produto para tirar nódoas com ferrugem, isso pode trazer realmente danos graves à pele.* Autoridade da Concorrência que diz a uma determinada empresa ou a um conjunto de empresas deverem adoptar um determinado código de conduta.

de lei uma qualquer reflexão sobre este novo Estado, que promove, estimula a sociedade... uma autoridade que, acima de tudo, se apoia em juízos de ordem técnica ou de uma elevadíssima complexidade, juízos de ordem técnica que se apoiam numa insegurança muito grande do ponto de vista científico (hoje sabemos que as ciências nos dão uma determinada solução para um determinado caso e, amanhã, nos dizem que, afinal, erraram...) (id., 2007).

O direito, sob esta paisagem, não pode colmatar a incerteza com uma certeza jurídica. Todavia, as novas entidades administrativas intervêm em áreas em que, se erram, quando erram, levantam problemas muito sérios.

Então, o que fazer relativamente aos conselhos, às recomendações, às informações, o que é que diz a lei? No Código Civil, o artº 485º diz-nos que *os simples conselhos, recomendações, informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte; a obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendações ou informação e se tenha agido com negligência ou intenção de prejudicar* (id., 2007).

Deveria ser esta a solução, uma solução que fosse pensada em termos de Direito Público... *Nós vivemos numa sociedade de risco e o que realmente pode resultar deste Estado pós-moderno, em termos de danos para os particulares, parece-me ser, realmente, muito elevado.* Na fusão entre o Direito e as ciências ditas exactas e ditas certas, o direito não pode camuflar a ignorância, com garantias e com certezas (id., 2007).

Por isso, se não deve falar em responsabilidade por danos mas numa certa ideia de partilha de riscos, oriunda do próprio risco de viver em sociedade. Significa que o ordenamento tem de intervir quando são dadas informações com dolo, quando há uma negligência grave; mas quando se trata de alterações doutrinárias no curso científico, nas diferentes áreas, já não pode ser assim.

A própria responsabilidade por danos, nos termos em que ela é pensada, deve estar na lei? É que há em desenvolvimento, dentro da nossa sociedade de risco, uma outra filosofia do estar em sociedade que implica absorção de uma parte do risco da própria vida social: na sociedade de conforto, estamos, agora, a ser alvo dos *incommoda* desse mesmo conforto. Dano existe, mas começamos, depois, a pôr todo o problema do nexo causal e nem sempre é fácil, realmente, determinar esse nexo causal.

Uma coisa é certa: temos sempre de pensar que há uma recomendação. É do Estado, mas é uma recomendação. Qual é a diferença entre uma recomendação, embora do Estado, e uma ordem no sentido *faça isto ou faça aquilo?* Não é exactamente a mesma coisa. Quer dizer, *nós temos aqui muitos destinguos ainda a fazer* (id., 2007).

A culpa também não é fácil de determinar neste tipo de áreas de grande complexidade técnica, onde actua um colectivo, convocando juízos técnicos, mas que não pode estar permanentemente a imiscuir-se nas grandes controvérsias técnicas de cada assunto: limita-se a receber o texto final e, depois, a agir neste sentido (id., 2007).

Em relação ao direito de regresso, o poder administrativo tem sido *mal-amado*. O poder legislativo, desde o início, é um poder sacralizado e o poder judicial já foi muito *bem-amado*, tem ido para cima e tem ido para baixo; logo, tudo aqui são realidades culturais...o direito é uma realidade cultural, sedimentada, ao longo dos tempos, culturalmente. Aquilo que foi, até há bem pouco tempo, um Estado com poderes que, no seu relacionamento com o cidadão, tinham diferentes modalidades formais, com uma lei como esta, vai aparecer sempre com rostos. *E o que vai haver, em termos de direito de regresso, é que um tem rosto e vai até ao fim, o outro tem rosto e pode não ir e o outro não tem rosto, continua sem rosto, embora se saiba que o possa ter* (id. 2007).

O Estado, o mal-amado, torna-se muito mais visível naquilo que faz mal e é, depois, o juiz que aparece com a beca, com a sua sacralidade, *eu ali sou mais do que eu*, quando profere a sentença: está logo num plano diferente dos demais.

E estas imagens, no quadro de uma responsabilidade que a todos une, vão, de certo modo, dessacralizar aquilo que, até há bem pouco tempo, era considerado intocável, e vão exigir rostos, vão num contínuo à procura de quem realmente agiu mal.

Quanto à questão do direito de regresso relacionado com os juízes, é pensado, afinal, no exercício de um poder discricionário – assim o disse – e através da intervenção do órgão certo que é o Conselho Superior da Magistratura (id., 2007).

A intervenção do Ministro da Justiça, por seu lado, mostra dever estar atento a estas situações: se, oficiosamente, o problema não for levantado, então o Ministro da Justiça levantá-lo-á: o Governo não estará alheio - é do Orçamento do Estado que essa verba sai. Portanto, a lógica geral está cumprida na proposta: apresenta uma solução equilibrada, porque os juízes têm que ter coragem para decidir, não podem ter medo, não podem ser daqueles que tenham medo. Aliás, a própria Constituição é cautelosa, relativamente às características de uma responsabilidade judicial: artº 216º/1.2 *os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos; os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei*. Contudo, se não houver registo centralizado, não temos possibilidade de fazer o crivo das situações que, nitidamente, não devem levar até uma situação-limite daquelas outras que, realmente, exigem uma intervenção da parte do Conselho Superior da Magistratura, porque são situações de uma

enorme complexidade e que não podem ficar por uma, pura e simples, aceitação de o juiz continuar a cometer erros grosseiros para o futuro, pois, no fundo, é isso que está em jogo.

6. A nova Lei

6.1. Lei 67/2007, 31.12

A recente Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado revogou, como já se disse, o Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, sobre o mesmo tema: ambos os diplomas se referem naturalmente ao domínio dos actos de gestão pública e suas consequências prejudiciais.

Durante a vigência inicial do decreto-lei, considerava-se que poderia, no limite, abranger, tão-somente, os actos integrados na função administrativa do Estado, não se aplicando, por conseguinte, aos actos das funções jurisdicional e legislativa. Tal distinção decorria do ensino administrativista de Coimbra que estabelecia uma clara e nítida distinção material entre administração e jurisdição, sendo elemento estruturante desta última a autónoma solicitação por parte dos particulares, quem perante os tribunais tinham e têm poderes de iniciativa e de desenho final da resposta pública, através da sentença ou do despacho, características que alterariam de todo a maneira de colocar o problema da responsabilidade. Com efeito, no caso da responsabilidade civil por actos prejudiciais da jurisdição deveria necessariamente intervir um ponto crítico forte, alcançando porventura a ideia de indemnidade. Tinha origem no dado real de uma contribuição da vítima para o dano, através do respeito legal do *princípio dispositivo* ou mesmo do contraditório. Exigia, mais certamente, uma compressão na medida do ressarcimento, com base no esquema funcional em causa.

Contudo, a dúvida estabeleceu-se a partir da Constituição de 1976: a jurisprudência e a doutrina foram ancorando no artº 22º da nova Constituição a faculdade de exigir uma indemnização por prejuízos causados por qualquer acção funcional do Estado, designadamente, por actos do exercício da magistratura.

A este propósito, relembre-se Gomes Canotilho e Vital Moreira (1978), em anotação ao dito artº 22º, na *Constituição da República Portuguesa Anotada*: consideravam que a norma, ao fazer referência, sem qualquer restrição, a *actos ou omissões praticadas no exercício das suas funções pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes*, permitia, na verdade, extrair o princípio da responsabilidade do Estado por actos jurisdicionais.

Assim, passaram a ser considerados abrangidos no sistema de responsabilização civil extracontratual do Estado, por actos de gestão pública que determinassem danos e prejuízos

aos particulares, todos os actos do Estado/aparelho, isto é, da administração, dos órgãos legislativos e jurisdicionais, mesmo que os titulares não fossem civilmente responsáveis, em conformidade com os preceitos constitucionais.

E no que respeita aos pressupostos do dever público de indemnizar, esta concepção fundamentada na responsabilidade aquiliana, impunha que se verificassem cumulativamente, o facto ilícito, imputável ao lesante, bem como a produção do dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

É este estado de coisas doutrinal que a nova lei consagra, dedicando-se expressamente aos temas da responsabilidade do Estado por actos da função legislativa e jurisdicional.

Ao DL nº 48051 sucede, assim, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Na nova lei, respeitam directamente à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional os artº. 12º, 13º e 14º. Depois, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas bem regulada no anexo à lei, sistematizada em 5 capítulos. No capítulo III: a responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional.

Ao dispor, no artº 1º/1, que a responsabilidade do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público abrange os danos resultantes do exercício da função administrativa, da função legislativa e jurisdicional, pretendeu o legislador abranger toda a acção funcional do Estado, mas com excepção dos danos decorrentes da privação ilegal ou injustificada da liberdade, e da condenação penal injusta. O tratamento destes temas tem lugar nos artº 225º, 226º e 462º do Código de Processo Penal³⁶.

No que respeita a uma delimitação subjectiva, ficam também abrangidos, os Magistrados Judiciais e do Ministério Público³⁷.

Danos ou encargos são os que incidam sobre uma pessoa ou grupo de pessoas, danos anormais, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, e que, pela sua natureza, mereçam a tutela do direito³⁸.

A reparação do dano ocorre nos termos dos artº. 496º, 562º, 566º CC, portanto, sob a teoria da diferença: quem estiver obrigado a reparar o dano deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento, privilegiada a reconstituição natural. Abrange, por conseguinte, os lucros cessantes e danos emergentes, actuais e futuros, patrimoniais e não patrimoniais.

³⁶ Ressalvadas no Artº 13.º/ 1 da lei.

³⁷ cfr. art. 1.º, nºs 3 a 5

³⁸ cfr. art. 2.º

Quando a *restitutio in integrum* não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa, a indemnização é por equivalente³⁹.

Atente-se, no entanto, que a Lei n.º 67/2007, 31.12, consagra, no capítulo V, **a indemnização de sacrifício**, que consubstancia uma clara excepção. Resulta, por razões de interesse público, da circunstância de se terem imposto aos particulares encargos, ou de lhes terem sido infligidos danos especiais e anormais, devendo o cálculo da indemnização atender, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou do interesse violado ou sacrificado⁴⁰.

E cumpre salientar naturalmente, que, ocorrendo um comportamento culposo do lesado que tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, deve o Tribunal ponderar se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída⁴¹. Este tópico, na sequência da problematização a que já foi feita referência sobre o âmbito e alcance da responsabilidade judicial, terá na economia da interpretação da lei uma importância central.

Entretanto, no que diz respeito ao direito de regresso, é de referir que passou a ser de exercício obrigatório, quando estiver previsto na lei⁴².

Por fim, os prazos de prescrição do direito à indemnização por responsabilidade civil, bem como do direito de regresso são os do art.º 498.º do CC, atenta a remissão expressa do art.º 5.º.

6.2. Sequência

Por facto ilícito exclusivo, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são únicas responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, praticadas com culpa leve, e que tenham sido cometidas pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função e por causa dele⁴³. E quando os danos não resultem do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou quando não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, são-no também unicamente responsáveis, desde que se alegue e prove que tanto se deveu a um funcionamento anormal do serviço, ou seja, quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios, for razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos (culpa de serviço).

³⁹ cfr. art. 3.º

⁴⁰ cfr. art. 16.º

⁴¹ cfr. art. 4.º

⁴² cfr. art. 6.º

⁴³ cfr. art. 7.º

Se, porém, estivermos perante acções ou omissões cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados, a responsabilidade é solidária⁴⁴. Por isso mesmo, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público têm, nessas circunstâncias, direito de regresso sobre os seus funcionários ou agentes, implicados no dano dos particulares.

Em qualquer caso, a ilicitude do acto, mesmo do acto jurisdicional prejudiciável, resulta da violação das disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou da infracção de regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos⁴⁵: a culpa é apreciada em concreto. Trata-se, afinal, da diligência e aptidão que seja razoável exigir de um titular de um órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

Mas, sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a culpa leve da prática de actos ilícitos, bem como a culpa leve, reconduzida aos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância. Cabe, pois, ao Estado e às demais pessoas colectivas provar que não têm responsabilidade pelo dano⁴⁶. Verifica-se, assim, uma inversão do ónus da prova, que recai sobre o Estado e não sobre o lesado.

E se a concorrência para a produção ou agravamento dos danos se tiver devido a um terceiro, a responsabilidade é solidária, sem prejuízo de direito de regresso.

6.3. A Responsabilidade judicial nesta lei

Após este sucinto percurso pela lei, importa focar o tema da responsabilidade civil judicial. E no que em concreto respeita à responsabilidade pessoal e patrimonial do juiz, importa começar por um breve enquadramento da vertente penal e disciplinar. Assim: da CRP decorre serem os tribunais órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo⁴⁷. O artº 216º/2 dispõe depois que *os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as excepções consignadas na lei*, imunidade transcrita, por sua vez, no artº 5º/1 do EMJ - *a irresponsabilidade pelo conteúdo ou sentido jurídico das decisões dos juízes representa um correlativo da sua independência*, na função de julgar em conformidade com o direito; trata-se de uma garantia indispensável de justiça e de equidade nas decisões judiciais, sendo por isso irrenunciável.

⁴⁴ cfr. art. 8.º

⁴⁵ cfr. art. 9.º

⁴⁶ cfr. art. 10.º

⁴⁷ cfr. art. 202.º

Porém, o artº 5º/2 EMJ, e na sequência do disposto na Constituição, estabelece uma excepção a esta regra geral, no sentido de só nos casos especialmente previstos na lei poderem, os magistrados judiciais, ser sujeitos, em razão do exercício da sua função, a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar. Por sua vez, do n.º 3 resulta que fora dos casos em que a falta do magistrado constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do Estado contra o autor da falta: não podem os particulares intentar acção directamente contra o magistrado.

Mas relembremos, aqui e agora, as três vertentes que compõem a responsabilidade do juiz. A propósito da responsabilidade penal, já as Ordenações Afonsinas regulavam diversos casos de incriminações próprias do magistrado judicial, onde a reparação dos danos se fazia à custa dos seus bens, quando não tivesse sido diligente a administrar a justiça.

Actualmente o juiz continua a poder ser responsabilizado criminalmente, mas pela prática apenas dos crimes de corrupção. Com efeito, o artº 386º/3 C. Penal dispõe: *são ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artº 372º a 374º: a) Os magistrados...* e estes crimes dos artº 372º a 374º C. Penal são os de corrupção passiva para acto lícito, corrupção passiva para acto ilícito e corrupção activa. Assim, os crimes de denegação de justiça, prevaricação e de abuso de poder, previstos nos artº 369º e 382º C. Penal, infracções de e apenas de funcionários públicos, segundo a letra, *não contêm na tipicidade aquela mesma equiparação.*

A responsabilidade criminal dos juízes é porém independente da sua responsabilidade disciplinar⁴⁸. São, assim, também os juízes disciplinarmente responsáveis, sujeitos ao Conselho Superior da Magistratura, com o objectivo principal da garantia de observância das regras da deontologia judicial, da independência e da isenção dos julgadores.

Nos termos do artº 82º do EMJ, recordamos, *constituem infracção disciplinar os factos, ainda que meramente culposos, praticados pelos magistrados judiciais com violação dos deveres profissionais e os actos ou omissões da sua vida pública ou que nela se repercutam incompatíveis com a dignidade indispensável ao exercício das suas funções.*

Já no que respeita à responsabilidade civil judicial, o legislador havia concretizado tradicionalmente as situações de onde em concreto emergia.

Porém, aquelas que se encontravam enunciadas no artº 1083º do C.P.C, no Capítulo XI - *Da acção contra magistrados*, acabaram por ser substituídas na redacção que foi dada ao preceito pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro, por uma cláusula geral. Caíram os casos de condenação

⁴⁸ cfr. art. 83.º do EMJ

criminal por crimes de peita, suborno, concussão ou prevaricação, de dolo, de responsabilização expressa na lei e de denegação da justiça para serem substituídos por uma disposição neutra - *Âmbito de aplicação: o disposto no presente capítulo é aplicável às acções de regresso contra magistrados, propostas nos tribunais judiciais, sendo subsidiariamente aplicável às acções do mesmo tipo que sejam da competência de outros tribunais.* Recorde-se aqui o que já ficou dito a propósito do artº 5º/ 3 do EMJ: fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada por acção de regresso do Estado contra o magistrado, com fundamento em actuação com dolo ou culpa grave. Neste sentido vem também agora o artº 14º da Lei 67/2007, 31.12, como adiante se explicitará.

O artº 12º da lei é uma norma genérica, que abarca todas as situações não previstas no artº 13º e em que se destaca o caso dos danos provocados pelo atraso na prolação da decisão judicial. A expressa contemplação do direito a uma decisão em prazo razoável não é mais do que a reprodução do artº 6º, nº1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à sombra da qual o Estado português tem sofrido numerosas condenações ao longo dos anos.

O atraso na decisão tanto pode ser devido à chamada *faute de justice*, traduzida na carência de meios ou no excessivo volume de serviço dos tribunais, ocorrida por motivo de deficiências organizativas imputáveis à Administração, como ao desleixo ou negligência dos magistrados, ou a uma qualquer outra causa simultaneamente.

E na integração do conceito indeterminado de *prazo razoável* requer-se o exame da situação concreta, com ponderação de todas as circunstâncias inerentes ao caso, avaliadas globalmente, entendendo a jurisprudência e a doutrina europeias aceitar, como critérios gerais da estimativa, a natureza do processo, o comportamento do requerente e a actuação das autoridades competentes.

No *Ac. Ruotolo*, de 27 de Fevereiro de 1992, foi decidido que o *prazo razoável* consubstanciava uma situação de facto, recaindo sobre o Estado requerido, quando o prazo se afigurasse exorbitante, o ónus de provar os motivos justificativos do atraso. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo Português, num dos casos inaugurais - *causa das Garagens Pintosinho* - foi decidido que o prazo razoável tinha sido excedido, porque o juiz do trabalho que deveria ter ditado imediatamente a sentença para a acta, apenas a escreveu um ano depois, considerando o Acórdão que no máximo se teriam justificado três meses, atentos os *standards* do desempenho judicial comum.

Outras situações, enquadráveis na previsão geral do artº 12º, são situações que provoquem danos provenientes da actividade administrativa dos tribunais e às quais se aplica o regime dos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa⁴⁹.

Sem exclusão da aplicação da norma a magistrados, aponta sobretudo para actos de funcionários judiciais e se o ilícito derivar de *culpa leve*, só o Estado responde, sem direito de regresso, cabendo sublinhar que, neste caso, o lesado tem de fazer prova, genérica, da ilicitude, do dano e do nexo causal, gozando todavia da presunção de culpa da Administração: a lei segue o actual padrão europeu⁵⁰.

No artº 13º, ressalva-se, além do caso de privação da liberdade por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto, o caso igualmente previsto no artº 225º do C. P. P., da prisão ilegal (na nova redacção foi eliminado o advérbio *manifestamente* que figurava na expressão *manifestamente ilegal*). Ao contrário da primeira situação, que se funda em erro de facto, estamos perante um erro de direito.

E é oportuno recordar que, para ambas as situações, o nº1 do artº 226º do CPP estabelece que a acção de indemnização não pode, em caso algum, ser proposta depois de decorrido um ano sobre o momento em que o detido foi libertado ou foi definitivamente decidido o processo penal respectivo.

A norma exceptua ainda o caso de indemnização por danos causados por sentença penal condenatória injusta, para o qual provê o artº 462º do C.P.P.

A este propósito, atente-se também no disposto no artº 3º do Protocolo nº 7 da CEDH. Assim, ao Estado cabe indemnizar sempre o arguido, ficando sub-rogado no direito deste contra os responsáveis a quem sejam imputados os factos que tiverem determinado a decisão revista.

Se o juiz tiver agido com dolo ou culpa grave, será demandado em acção de regresso. Porém, se o fundamento da revisão for o de crime cometido pelo juiz, relacionado com o exercício das suas funções de julgador, artº 449º/1, al. b do C. P. P., há responsabilidade solidária do Estado e do juiz.

Expressa, sim, a previsão do artº 13º sob análise, a responsabilidade pelos danos resultantes de decisões jurisdicionais, sejam quais forem as matérias manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

⁴⁹ arts. 1º a 10º do Anexo.

⁵⁰ art. 10, nº2.

Sublinha-se, na economia da norma, a qualificação das decisões erradas, quer pelo advérbio *manifestamente* quanto ao primeiro grupo, quer pela expressão *erro grosseiro* quanto ao segundo, conceitos indeterminados e a integrar casuisticamente.

Poderá correr-se aqui um risco grave de sacralização do valor *certeza do Direito*, em detrimento de uma renovação e da própria justiça do caso concreto, função da ciência judiciária do Direito, a quem cabe interrogar-se sobre as correntes de jurisprudência ou questionar a jurisprudência pacífica.

Por sua vez, o artº 13º/2 tem de ser lido habilmente: nem sempre o pedido de indemnização poderá fundar-se na prévia reforma da decisão danosa, por parte da jurisdição competente. Se for admissível recurso para o Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, de decisões que não admitam recurso ordinário (por razão de a lei o não prever), mas com as importantes restrições traduzidas em a inconstitucionalidade haver sido suscitada durante o processo ou de a norma aplicada já ter sido anteriormente julgada inconstitucional, ficam de fora, no entanto, os casos de decisões manifestamente ilegais irrecorríveis, que não deixam de ser produtoras de danos e em que a ilegalidade manifesta tem de poder ser invocada na própria acção de indemnização. Aliás ficariam de fora idênticas decisões, quando proferidas em última instância.

Por fim, no que diz respeito ao artº 14º, importa conferir que o condicionamento do direito de regresso do Estado, centrado no dolo ou culpa grave dos magistrados, não constitui novidade. Com efeito, quanto aos magistrados judiciais já assim dispunha o artº 5º/3, EMJ e outro tanto era de entender quanto aos magistrados do MP, apesar de, por lapso ostensivo, a Lei nº 143/99, de 31 de Agosto não ter correspondentemente alterado o artº 77º do EMP, alteração agora operada⁵¹. O que é inovador é a obrigatoriedade do **direito de regresso**, direito que, até ao presente, o Estado sempre se absteve de exercer.

6.4. Direito de regresso

Por razões assumidas de preservação e garantia da independência ou da autonomia dos magistrados, estes só respondem por via de regresso, depois de condenado isoladamente o Estado. Introduziu a lei, pois, um desvio ao regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da actividade administrativa, em que, havendo dolo ou culpa grave, os funcionários e agentes respondem solidariamente com o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público⁵². Pelos mesmos motivos, cabe ao CSM, ao CSTAF ou ao CSMP

⁵¹ art.4º da Lei

⁵² artº. 8º, nºs 1 e 2

a decisão de deixar livre o exercício do direito de regresso. Esta decisão é dogmaticamente qualificável como um pressuposto processual, uma condição da acção. Contudo, os Conselhos agem aqui *a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça*: a oficiosidade resulta do carácter obrigatório do exercício do direito de regresso, mas, competindo-lhes a decisão obrigatória, parece redundante a intervenção do Ministro da Justiça⁵³.

Anotemos que, não sendo os magistrados directamente demandados pelos lesados, não constituem, contra eles, caso julgado as sentenças em que o Estado for condenado: na acção de regresso podem defender-se com total amplitude.

Mas se a responsabilidade civil for conexas com a responsabilidade criminal, os magistrados são directamente responsabilizados pelos lesados, através de pedido de indemnização deduzido no próprio processo-crime⁵⁴, ou em processo cível em separado, nas condições da lei⁵⁵. E nestes casos, o Estado não pode deixar de responder solidariamente, como já se entendia face ao artº 3º/2 do DL nº 48051, 67.11.21.

Reconheça-se, no artº 14º/2 da Lei, ao atribuir aos Conselhos Superiores, com poder decisório, competência para aferir sobre o exercício do direito de regresso, uma solução aparentemente original: retoma o mecanismo oitocentista do *direito salvo*. Todavia, ao contrário de uma plena jurisdicionalidade, o estatuto em que se assumem, afinal, de órgãos administrativos, isto é, localizados no âmbito e alcance do Estado/aparelho, abre à possibilidade de o direito de regresso poder vir a ser exercido na lógica externa de uma maioria de vogais não juízes de carreira, acaso venha a ser alterado o equilíbrio actual na composição de tais órgãos. Este risco poderá pôr em crise a solução prudencial legislada.

Vimos que pressupostos do direito da acção de regresso são não só a reforma recursiva da decisão tomada pelo juiz, como a deliberação dos Conselhos no sentido de entregarem o regresso ao debate judicial. Por isso mesmo e sobretudo pelo jogo cruzado destas apreciações, digamos assim, exteriores ao interesse imediato dos particulares, *há uma larga margem de erro de ofício que pode não servir de base ao ressarcimento*, sobretudo na perspectiva sancionatória com que tem sido visto no campo problemática da responsabilidade judicial.

Por um lado, nem todos os *erros de ofício* ocorrem através de actos judiciais - despacho ou sentença ou qualquer outro acto recorrível (por exemplo a apreciação dolosa da prova, feita num discurso consentâneo com o dispositivo da livre apreciação, não deixa de ser infracção

⁵³ Há um caso, isso sim, em que a decisão cabe, por inteiro, ao Ministro da Justiça, que é o do direito de regresso contra juízes de paz (titulares de entidades jurisdicionais providos por contrato) que se encontram de fora da disciplina de qualquer órgão independente do Estado. No plano dos princípios enformadores do estado democrático, a solução não deixa de ser criticável e ferida de desarmonia lógico-sistemática.

⁵⁴ Artº 71º do C. P.P.

⁵⁵ Artº72º id.

prejudiciável, mas que está, pela própria natureza das coisas, subtraída a crítica recursiva, tendo aliás por objectivo barrá-la completamente); por outro, uma deliberação ou uma não – deliberação de veto do exercício do regresso, não pode ser criticada por via de impugnação pelos particulares que sofrerem o dano. Naturalmente que se consolidará, sem dar lugar ao debate da responsabilidade civil.

Ao não ser depois admitido, na acção de regresso, o tema do *erro de ofício* da última instância, solução literal com vocação para se tornar dominante no entendimento da lei, o âmbito e alcance da indemnidade judicial cresce exponencialmente.

E enquanto se expande desta maneira, é o campo da responsabilidade disciplinar que se alarga, nas mãos dos Conselhos Superiores, desses órgãos que se assumem, como já referimos, como órgãos do Estado/administração (ou quando muito se auto-justificam no plano conceitual de órgãos autónomos do Estado/aparelho), mas não abdicando, no fim de contas, de um poder de disciplina *a se*, quer pró - activo quer repressivo, exercido por iniciativa própria e não a requerimento de parte, tal como não é característica da função judicante.

Deste modo, a responsabilização judicial apesar das aparentes limitações da indemnidade cível (e de facto esse seja o perfil imediato com que se nos apresenta no estrito domínio pessoal/patrimonial do magistrado), acaba por ser estabelecida, com ampla efectividade, num âmbito onde o alcance da defesa dos particulares perante a administração da justiça fica elidido, através da pertença da disciplina a órgãos do Estado não - jurisdicionais.

O corolário é, logo de seguida, a transferência para o campo da responsabilização interna, para não dizer corporativa, do *erro de ofício* do juiz, paredes meias com o catálogo das falhas deontológicas. Ascenderão ao nível do conforto e exigência de grandes princípios do debate judicial: *audite et altera pars*, solicitude e lealdade perante o direito, as causas e as partes?

7. Para quê e para quem, nos textos judiciais

7.1. De novo a motivação das decisões dos juízes: responsabilização social e política

A análise do regime da Lei 67/2007, 31.12, permite-nos concluir, bem vistas as coisas, que o legislador não pretendeu responsabilizar pessoal e directamente os juízes por quaisquer *faltas habituais* cometidas no exercício da função jurisdicional. A generalizada responsabilização pessoal do juiz exigiria, aliás, uma alteração da Constituição Portuguesa que acolheu a norma, insiste-se, que vinha da Constituição de 1933, da indemnidade patrimonial dos juízes pelas

suas decisões⁵⁶. Em suma, a Lei da Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado não inovou muito neste capítulo: de novo, apenas consagrou a obrigatoriedade da acção de regresso do Estado, uma vez condenado, contra o magistrado que tenha agido com dolo ou culpa grave⁵⁷.

O contexto histórico actual (mesmo com a entrada em vigor da Lei) continua a legitimar as perguntas: *um sistema jurídico alimentado pela preocupação da garantia dos direitos humanos será compatível com a solução da responsabilidade dos juízes, entregue aos critérios da magistratura, organizada profissionalmente? Pelo contrário, a solução da responsabilidade patrimonial directa dos juízes contribuiria melhor para uma vigência efectiva do respeito democrático pelos direitos fundamentais e os valores da Constituição?*

A resposta a estas perguntas terá de ser encontrada no equilíbrio dos dois vectores conformadores e delimitadores do exercício da actividade jurisdicional: a **independência** (como garante da imparcialidade e da isenção do juiz), por um lado; a **responsabilidade**, ou melhor, a responsabilização (como meio ou fundamento de legitimação do exercício da actividade jurisdicional), por outro.

Contudo, a responsabilidade dos magistrados judiciais pelas decisões que proferem emerge, antes de mais, da possibilidade do controlo das decisões judiciais pelo povo, em nome do qual, segundo o artº 202º/1, da C.R.P., é administrada a justiça. A documentação da prova, a exigência de motivação do julgamento da matéria de facto, a possibilidade de recurso neste domínio, permitem, sim, um controle directo sobre o trabalho dos juízes por aqueles em nome de quem estes exercem o poder: os destinatários das suas decisões na esfera pública.

A motivação da decisão de facto e de direito não se limita, assim, à mera garantia de defesa das partes no âmbito de uma determinada causa, i. é., ao seu valor *endoprocessual* que sem dúvida reveste, mas estende-se e apresenta, mais além, um carácter *extraprocessual* (Taruffo, 1982: 28).

Neste percurso, se a motivação da sentença é pública, tendo o povo como destinatário último, encontra-se, ao fim e ao cabo, submetida ao escrutínio e ao controlo democrático do moderno Estado de Direito. E se assim é, facilmente se entende que a concepção garantística da motivação deva ser posta em evidência por uma norma constitucional. Em suma: a garantia fundamental da motivação da sentença implica, por conseguinte, uma transformação do

⁵⁶ Artº 216º, nº 2, da C.R.P.

⁵⁷ Atento o disposto no artº 13º, nº 2, da referida Lei – que exige que o pedido de indemnização seja fundado na prévia decisão danosa pela jurisdição competente – suscita-se a dúvida sobre se não ficam de fora desta responsabilidade os magistrados judiciais dos tribunais superiores, cujas decisões sejam insusceptíveis de recurso ordinário.

relacionamento entre povo - a opinião pública - e juiz no Estado moderno. O magistrado deixa de ser um *burocrata*, exercendo um poder sindicável apenas pelo lado interno do judiciário, para lhe ser cometido o dever de proferir decisões que se apresentem como justas e racionais aos olhos da comunidade no seu todo: a *geografia humana* dos litigantes. Abandonam a passividade, tornam-se sujeitos activos de um controle geral sobre a administração da justiça em paralelo com o escrutínio das políticas a que todos os cidadãos se dedicam através do voto esclarecido pela comunicação social livre.

A publicidade das decisões e das audiências⁵⁸, na medida em que faculta o livre acesso do público aos julgamentos, e consequente comunicação das decisões a todos os interessados e um difundir pelos *media*, apresenta, pois, um carácter de garantia política: é um factor de legitimação do exercício da actividade jurisdicional.

Entretanto, importará mencionar as razões pelas quais Taruffo atribui decisiva importância à motivação das decisões de facto e de direito como garantia judiciária fundamental num Estado de Direito democrático: (i) salvaguarda os princípios da *legalidade*, da *independência* e da *imparcialidade* do juiz (patente e demonstrável através da justificação racional da decisão que tomou); (ii) permite o exercício do *segundo grau de jurisdição* em matéria de facto; (iii) concretiza o *direito de defesa das partes*; (iv) torna-se *uma ferramenta do controlo extraprocessual geral, difundido e democrático, da justiça da decisão*; (v) *todo o povo é sujeito activo* de um controlo sobre a *administração da justiça: garantia fundamental contra as derivas do poder e contra todo o risco de transformação da justiça em arbítrio*.

Ao mesmo tempo, a nível internacional, importa anotar, a propósito do artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - o direito de qualquer pessoa *ter a sua causa examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial*. A Recomendação R (94) 12, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, para além de enumerar uma série de princípios gerais relativos à independência dos juízes, faz do mesmo modo referência à responsabilidade judiciária e, neste campo, à obrigação de motivar as sentenças de forma clara e completa, utilizando uma terminologia facilmente compreensível.

Não obstante, afigura-se que a persistência e sobretudo a pertinência actual da pergunta *quem guarda os guardas?* supõe, uma *falha* na arquitectura do ordenamento e ausência de soluções congruentes do ponto de vista da plena democraticidade do judiciário.

⁵⁸ artº 206º da C.R.P.

Mas se a motivação e a publicidade das decisões judiciais asseguram, em medida congruente, essa democraticidade do judiciário e responsabilizam, ou seja, comprometem os juízes que, depois, se não podem *desvincular* das decisões proferidas pelos tribunais, parece, muito embora, que a responsabilidade dos magistrados judiciais a título de dolo ou culpa grave é necessária e adequada em face de um sistema constitucional. Sistema constitucional que, como o português, intenta cobrir sem lacunas a remoção das consequências de quaisquer danos injustos.

Solução diferente desta, constitucional e legalmente consagrada, suscitaria, aliás, as dificuldades intransponíveis de delimitar um *erro de sentença* por de fora da censura reparadora.

Pelo contrário, a responsabilidade judicial com o âmbito e alcance constantes da Lei 67/2007 aceita e pressupõe a autonomia intelectual e deliberativa dos julgadores no quadro de uma independência indexada à titularidade de um órgão de soberania⁵⁹: ficou orientada à possibilidade de garantir o exercício imparcial e isento da função jurisdicional.

O erro de ofício relevante para efeitos da responsabilidade é apenas aquela outra falta cometida pelo magistrado judicial com dolo ou culpa grave no exercício da função de julgar, mas nela se abrangendo também, como parece decorrer da leitura conjugada dos artº 13º, nº 1, e 14º, nº 1, da Lei, todo o largo campo da má condução do processo, dos prejuízos decorrentes de terem sido preteridos os princípios incontornáveis do contraditório, da investigação oficiosa da verdade e da colaboração do tribunal com as partes. Mas na prática o legislador poderá ter optado por uma deslizante prevalência do sistema de responsabilidade corporativa – de que as classificações de serviço constituem um espelho – em detrimento de um sistema de responsabilização patrimonial forte dos magistrados.

Da mesma forma, a consagração do regime actual – responsabilidade do juiz em sede de acção de regresso quando o mesmo actue com dolo ou culpa grave – não deverá ser encarada como uma queda de privilégios ou uma tentativa para atingir o *munus* do exercício da função jurisdicional.

8. Os defeitos modelares

8.1. Especificidade do dolo e culpa grave do juiz

⁵⁹ art º 203º, nº 1, da C.R.P

Há-de entender-se a expressão **dolo e culpa grave** da lei da responsabilidade do Estado por facto judicial, situada no terreno da responsabilidade extracontratual, sob o foco congruente de uma obrigação de reparar um dano originado em condutas que atingem a regra *alterum non laedere*: exige conceitos de culpa e dolo mais afinados.

Vejamos: emergem obrigações de remover os prejuízos causados pelos danos de todos os actos e omissões ilícitas em que intervenha qualquer género de culpa ou negligência do autor. Mas se tais actos e omissões ilícitas se constituem na prática de um crime, a responsabilidade está em primeiro lugar indexada ao sistema penal, enquanto que as restantes acções e omissões culposas ou negligentes, sem pena de lei, remetem a regulação para o sistema comum. Contudo, na doutrina civilística as definições de dolo e culpa extracontratual não diferem em boa verdade das definições maioritárias de dolo e culpa criminal: *dolo é a vontade de realizar um acto antijurídico com conhecimento da ilegalidade; culpa é actuar sem diligência, descuidado, imprevisto que causa dano sem que o agente o queira* (Lacruz al., 1985: 505/6).

A diferença estaria, então, na referência a condutas penais quanto ao dolo e culpa da prática de um crime e na produção concreta do dano ou prejuízo que deve existir em qualquer caso de civil responsabilidade extracontratual. Deste modo, a responsabilidade civil dos juízes com base no dolo ou culpa grave, iria incluir não só a responsabilidade civil *ex delicto* como a responsabilidade com base na prática de factos em que interviessem dolo ou culpa mas sem alcançar as categorias criminais: teria um papel residual, confrontada com a responsabilidade penal. E em caso de dolo iria existir responsabilidade civil apenas na ocorrência de actuações judiciais injustas que viessem a produzir danos e prejuízos mas que não reunissem suficientes elementos típicos penais.

Em caso de mera culpa subsiste somente a responsabilidade civil do Estado, continuando a poder pôr-se o problema da indemnidade pela decisão. Neste caso da mera culpa ou o injusto judicial não chega a ser manifesto ou compreende, por exemplo, todas as situações que sejam enquadráveis na simples imprudência e que se apartam do âmbito da prevaricação sintomática.

Finalmente a mera responsabilidade civil desdobra uma maior eficácia no campo das **condutas omissivas** que dificilmente podem integrar os tipos penais da prevaricação: porventura requerem uma certa actividade judicial típica. Já não quanto ao atraso voluntário da administração da justiça, onde só o atraso injustificado mas não pré-ordenado é que origina a responsabilidade civil singular do Estado, não obstante poder ser imputável a título de culpa grave e, por isso, responsabilizar o juiz.

Depois, tem que ter-se presente também que os factos da responsabilidade civil judicial integram ao mesmo tempo responsabilidade disciplinar agravada. Desta maneira, a conduta dolosa ou culposa de juiz sofre sanções escalonadas: a concorrência de elementos típicos penais identificaria a prática de crime de prevaricação, enquanto que as condutas culposas ou dolosas que não reúnam estes requisitos dariam origem a responsabilidade civil e disciplinar. Completar-se-ia deste modo, o quadro das respostas do ordenamento à infracção à lei que vai da mera revogação das decisões judiciais através da via dos recursos até à responsabilidade penal, passando pelo erro judicial irremediável que determina a responsabilidade patrimonial do Estado ou do Estado e do juiz e a responsabilidade disciplinar.

8.2. A prestação de uma tutela judicial efectiva

De qualquer modo é incidível o exercício do *munus* judicial da prestação de uma tutela judicial efectiva, que passa por três *itens* fundamentais: acesso à justiça, direito ao *processo devido* e trânsito das sentenças, três *itens* que perfazem o núcleo do conteúdo essencial do direito de cidadania a obter uma resolução contenciosa dos litígios. É abundante, aliás, a doutrina e são-no as decisões dos Tribunais Constitucionais, sobre o assunto. E, enfim, é à luz desta problemática que tomam visibilidade os problemas da **denegação da justiça** e dos **atrasos judiciais induzidos**.

O direito à tutela judicial efectiva é um direito ao processo forense (Serrano Alberca, 1980: 466) ou um direito à decisão do tribunal, acaso ocorram os pressupostos processuais necessários (Gonzalez Montes, 1983: 1493), segundo a lógica jurídica e a lógica do ordenamento. Outros autores falam-nos de um direito ao atendimento por um órgão judicial independente de toda a pretensão fundada, mediante o *devido processo legal* (Gonzalez Perez, 1984: 39) ou, noutra vertente, referem-se à denegação de justiça como infracção ao *dever de prestar jurisdicional* (Almagro Nozete, 1983: 461). Aceitemos no entanto a posição clássica que equipara o direito à tutela judicial com o direito de acção, definido como direito subjectivo público de carácter constitucional: institui-se no solicitar e desencadear uma actividade jurisdicional. Em suma: direito a obter uma decisão fundada no ordenamento, mediante o *due process of law* - a lesão da tutela efectiva ou a incompletude com que se nos apresenta pode, pois, produzir-se em diferentes momentos e com diferente alcance. Neste sentido podem ser convocadas, desde logo, situações típicas em que ainda não está esgotado o direito à tutela judicial: (i) não basta uma sentença ou um despacho, mesmo que definitiva a decisão, (ii) exige-se, em todo o caso, uma decisão de fundo tirada sob o sistema de recursos, todo ele. E o direito à decisão apresenta outras variações importantes: (i) exigência dos

requisitos e pressupostos processuais; (ii) prestação da tutela em prazo razoável. Na verdade, o direito à decisão de fundo decai no primeiro caso por ausência de jurisdição, incompetência ou inadmissibilidade do procedimento (Gonzalez Perez, 1984: 55). Não obstante exige, ainda aqui, um despacho judicial justificado: *o conteúdo [comum] do direito à tutela [forense] consiste em obter uma resolução sobre o [bom fundamento] das pretensões formuladas perante o órgão jurisdicional, conteúdo que só cede quando concorra alguma causa [normativa] de inadmissibilidade, motivada na aplicação do direito, [supondo] também uma motivação do despacho ajustada às normas da Lei Constitucional e não [divergente] do sentido mais favorável a uma efectividade dos direitos fundamentais*⁶⁰. Neste sentido, os requisitos de forma devem dar resposta à natureza e finalidade do processo, elididos os excessos formalistas que os convertam em meros obstáculos processuais e em *fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte [dos debates]*⁶¹.

Mas a vinculação jurídica a um processo sem atrasos indevidos não é uma questão pacífica no campo de análise do direito a uma tutela judicial efectiva. Em primeiro lugar, parece deverem autonomizar-se os dois direitos, direito à tutela e direito à celeridade da decisão: é possível a infracção dos dois, nomeadamente numa relação de causa e efeito, mas não têm uma implicação recíproca, através da qual se identifique uma lesão porque a outra se tenha produzido. Contudo o direito a um despacho ou sentença sem dilações pode ser visto como um corolário do direito à tutela judicial efectiva, em especial nos ordenamentos que admitem o recurso de amparo, com saída para uma sentença do Tribunal Constitucional que imponha prazo ao tribunal recorrido. E de certa maneira o sistema do incidente de aceleração processual, vigente no processo penal português não deixa de se inserir neste modelo. Sublinhemos porém que a tese de autonomia do direito à decisão sem dilações conduz, antes, à emergência de uma pretensão correspectiva de ressarcimento por anormal funcionamento da administração da justiça (falta de diligência).

Sob este ponto de vista, a violação do direito a um processo sem dilações pode reconhecer-se com autonomia própria, sem referente na sentença ou despacho judicial, apenas como base da pretensão à indemnização, contudo se e só se a decisão já tiver sido dada. Mas precisamente pelo motivo de se fazer derivar esta autonomia de uma decisão já proferida, é inevitável ter de reconhecer-se a interdependência de um e outro dos direitos, naqueles casos em que o despacho e a sentença ainda não ocorreram: seria absurdo um mero direito à indemnização

⁶⁰ STCE 55/1986,09.05

⁶¹ Idem.

sem, nestas circunstâncias, existir um direito certo a que o caso venha a ser resolvido e posto fim ao atraso.

Ademais, por imperativo constitucional, a tutela judicial deve ser *efectiva*, isto é, estamos perante um conceito de conteúdo material - deve ser prestada pelo juízo ordinário e pré-determinado pela lei, num prazo razoável e sem caso nenhum de indefensão.

Neste particular das dilações indevidas, como vimos entretanto, entende o TEDH que a razoabilidade do prazo exigível para a decisão judicial deve medir-se segundo os critérios da complexidade do assunto, do comportamento recorrente, da forma através da qual o caso tenha de ter sido e foi enfrentado pelas autoridades administrativas e judiciais e das consequências que tenham derivado do atraso. Trata-se portanto de um conceito indeterminado e aberto que não é base de um direito aos *prazos processuais*, cuja infracção pode constituir/caracterizar atraso, mas não necessariamente dilação indevida. E o tema de reflexão que desde logo se nos apresenta perante os critérios do Tribunal Europeu diz respeito à resposta a dar à pergunta: até que ponto a acumulação de serviço pode justificar uma dilação ocorrida?

O contraste argumentativo de *pró* e *contra* neste domínio aponta porém no sentido de os efeitos dos atrasos que possam ser considerados normais e não indevidos, não serem impeditivos, muito pelo contrário, da reacção dos particulares prejudicados, nomeadamente tendo em vista a possibilidade de virem a obter uma indemnização por funcionamento anormal do serviço de justiça.

8.3. Tutela judicial efectiva e prevaricação

Chegados aqui, importaria monitorizar o impacto desta *démarche* da doutrina do processo na incriminação do artº 369º C. Penal: a importância da questão iria radicar na circunstância de uma prestação de tutela judicial efectiva ter de ser identificada pelo seu conteúdo material, inúteis para este caso da responsabilidade judiciária e devendo ser relativizados os aspectos formais.

Ora, este mesmo conteúdo material da tutela judicial efectiva pode reconduzir-se a um direito em geral a que os tribunais resolvam o conflito que lhes foi apresentado, sempre e só sempre que estejam presentes os requisitos processuais exigidos pela lei. O direito à resolução do conflito é, ao fim e ao cabo, a contrapartida do monopólio da actividade jurisdicional exercida pelo Estado. E se àqueles e só àqueles tribunais for cometida pela lei uma competência cabimentada, podem desempenhar, então, esta tarefa, para assumirem plenamente a

responsabilidade que comporta, ditando a solução de mérito sem outras exigências de procedimento a não ser as que mobilizam o caso e o processo em si.

Em suma: o conteúdo material do direito à tutela jurisdicional deriva de uma directiva da Constituição, vinculada ao modo efectivo de ser prestada por cada um dos tribunais, isto é, a tutela jurisdicional não pode considerar-se mera actividade do tribunal: exige, sim, uma solução real para o conflito patente. Na sequência, o conteúdo material com que deve ser concebido este direito apresenta-se-nos conformado a um tempo certo da prestação judiciária, no relacionamento que tem, como vimos, com o direito a um processo sem atrasos indevidos. Tudo, que deve também relacionar-se com o modo como se conceberá hoje a função de julgar: o exercício judicial supõe sempre a aplicação da lei à resolução do conflito de uma forma não mecânica, mas mediante tarefas interpretativas, através das quais se *materializa o direito*, administrando justiça. É por isso mesmo que a prestação efectiva da tutela jurisdicional não pode bandear-se ou esquivar-se nos graus de recurso, em hipostasias ou ablações procedimentais, nem é de considerar-se realizada através de uma qualquer decisão judicial, seja qual for.

Este ponto de mira no conteúdo da decisão judicial, do despacho ou da sentença, e o aspecto material da prestação da tutela como bem jurídico protegido pensado para o tipo criminal do artº 369º C. Penal, haverão de ter uma importância relevante no travejamento da censura indemnizatória, especialmente no que diz respeito à conduta típica tanto de **denegação** como de **atraso na administração da justiça**. Por isso mesmo visitaremos brevemente os problemas penais da tradição dos crimes dos magistrados, segundo um percurso europeu, não obstante termos de ter em conta não estar, todavia, estabelecida no direito português vigente. Com efeito, muito embora a redacção penal suponha, nos crimes de prevaricação e denegação de justiça, a preeminência do *munus* judicial que as incriminações tutelariam através da censura forte às quebras deontológicas e de exercício da magistratura, o certo é estarem os juízes portugueses excluídos da equiparação ao conceito penal de funcionários (a não ser quanto aos crimes de corrupção), desde, pelo menos, a introdução legislativa da alínea b) do artº 386º/3 C.Penal. Vejamos, no entanto, como o texto do artº 369º do citado diploma legal corresponde, ou poderá corresponder à sugestão legística inicial de manter o *continuum* histórico.

Previne - comete crime de denegação de justiça e prevaricação o [juiz] *que...no âmbito do processo jurisdicional..., conscientemente e contra direito..., [(i)] conduzir, decidir ou não decidir, ou praticar acto no exercício de poderes decorrentes do cargo que exerce; [ii] ou se o facto for praticado com a intenção de prejudicar ou beneficiar alguém; [iii] ou se neste*

caso resultar privação da liberdade de uma pessoa ou se ordenar ou executar medida privativa da liberdade de forma ilegal, [iv] ou omitir ordená-la ou executá-la nos termos da lei.

Mas se para efeitos penais *são ainda equiparados* ao funcionário, apenas nos casos dos artº 372º a 374º[C.Penal]: *a) quanto aos magistrados...*, temos que os crimes de prevaricação e denegação de justiça, porque se referem no texto legal expressamente a cometimentos de funcionários e só de funcionários, estão de fora da responsabilização judicial. Contudo a análise dos problemas de integração da prática destes crimes mantém a importância, porque as respostas estabelecem o mosaico das actividades infraccionais judiciárias. Por isso, continuando: a criminalização da denegação de justiça é tradicional. Estava ligada à recusa de julgamento, em sentido amplo, com base na obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei. Hoje diz respeito apenas a não decidir conscientemente e contra o direito. No entanto, a proibição de o juiz se abster do julgamento com base naqueles três itens ainda consta do artº 3º/2 EMJ. Seria, por conseguinte, mais larga a tipicidade do crime. Mas o tipo objectivo continua a estar estruturado em torno de um não despachar ou julgar. Deste modo, se uma ampla actividade de julgamento como exercício do poder jurisdicional é a materialização do direito ao conflito dirimido, apresentado ao tribunal pelas partes, a recusa de decidir não pode senão corresponder à evicção do resultado judicial do pleito, exigível conforme ao ordenamento: requer a efectividade da prestação da tutela judicial.

Surge porém a pergunta: a integração típica pede ou não um acto judicial positivo através do qual o juiz se negue a despachar ou julgar? E muita da doutrina tradicional apresenta a exigência desse acto positivo denegatório (Jaso, 1949: 195; Bustos Ramirez, 1989: 438; Muñoz Conde, 1989: 706, em Espanha): os autores configuram o crime de denegação de justiça como delito de acção. E mesmo, quando prosseguem numa análise subtil, consideram que *a omissão é uma espécie do género não-fazer, espécie característica porque de todos os possíveis comportamentos passivos se seleccionam (normativamente) só aqueles que merecem um juízo axiológico negativo, portanto, a omissão é um não-fazer que se deveria fazer, consiste num não-fazer desvalor* (Orts, 1988: 431). Mesmo assim, acabam por concluir que evanescente ainda, existe e é integrada pela incriminação do **atraso consciente da administração da justiça**.

Todavia era de persistente tradição no direito anterior a incriminação de justiça denegada por obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei. A conduta típica estruturava-se em volta da recusa de julgamento e do pretexto apontado. A recusa do julgamento não podia senão corresponder a uma decisão judicial que negasse o conhecimento de mérito, exigível na

conformidade do ordenamento, entendida a sentença na efectividade da prestação da tutela judicial. Mas em volta do pretexto podia perguntar-se se era mesmo necessário um acto judicial positivo de denegação. E a opinião doutrinária começou por inclinar-se para se tratar de um crime da acção, mais recentemente aduzindo, como vimos, que o tipo não exigiria uma decisão em que se manifestasse o argumento típico, mas tão simplesmente à recusa do julgamento. Entretanto, relativamente a esta matéria era necessário distinguir dois planos diferenciados: (i) sim ou não, uma conduta activa; (ii) sim ou não, se a conduta activa devia ancorar numa decisão concreta e escrita.

Sigamos Orts (id. al.1988: 431): *entre não fazer o que juridicamente é esperado, isto é, julgar, e negar-se a julgar, não parece haver senão uma diferença subtilíssima*, quando o bem jurídico afectado supõe a identidade de ambas as atitudes: não prestação da actividade jurisdicional. Porém, é justamente essa subtilíssima diferença que identifica outro tipo criminal onde também se deixa de prestar a tutela judicial, muito embora por passividade: o **atraso consciente do despacho**. Aqui, a passividade sem mais é em si mesmo elemento típico do crime, enquanto que o juiz que se nega a julgar age não só de acordo com o que dele se espera (julgar), ao mesmo tempo que comete a negativa, precisamente. Deste modo, teríamos de eleger a recusa de julgar numa conduta corpórea que integrasse, para além do mais, a explicitação do pretexto, esta mesma recusa de muito difícil concretização sem uma actividade determinada.

Noutro nível da análise é problema distinto, no entanto, o de saber se pode haver uma denegação oral. O julgador não se limita à sentença, está presente em todos os passos nas diferentes fases processuais, ao mesmo tempo que, por exemplo, a estrutura oral dos debates e da intervenção na condução dos debates se torna hegemónica nas Audiências.

Não é descartável, pois, a possibilidade de uma denegação de justiça sob esta modalidade, tendo em conta que o julgar se não limita à sentença, mas está presente em todas as decisões intercalares nas distintas fases processuais. Recente-se a preocupação no conceito de denegação de justiça como recusa de uma decisão exigível no amparo do direito. É claro que, sob este ponto de vista, a denegação de justiça pode e deve incluir decisões expressas e escritas nas quais o juiz negue o julgamento que lhe é pedido e onde ditará o motivo fundante de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei: trata-se de uma decisão motivada, mas distinta da que o ordenamento impõe. E com esta mais precisa fórmula fica atingido o ponto central do problema: trata-se de o juiz se **negar a cumprir a obrigação de decidir**, lesando o direito à tutela judicial com as características que lhe vimos. Em suma: a diferenciação nula entre **não decidir** e **decidir não decidindo**, deve ser tida em conta para integrar ambas na

tipicidade normativa do crime de denegação, qualquer que seja a modalidade escrita ou oral do despacho e da sentença. Na segunda especialidade de *decidir não decidindo* é que não se trata simplesmente de incumprir a obrigação de julgar mas de algo mais: contorná-la, escudando-se na própria lei. Este ponto de vista aponta depois, de imediato, para um modelo de exigência de uma especial relação entre juiz e lei aplicável, segundo o qual o primeiro tem de assumir uma determinada responsabilidade pelo desempenho da função que não pode descansar nas insuficiências da lei nem, portanto, nas tarefas do legislativo, poder do Estado outro.

Hoje em dia, ainda que a essência da função jurisdicional radique na aplicação das leis através de uma interpretação adequada, o objectivo das normas que regulam a aplicação/interpretação do direito não se centra em destacar esta necessidade, que se dá por pressuposta. O direito civil foca o dever de dirimir os conflitos, de solucionar as causas, em atenção ao sistema das fontes, tarefa que parte do modelo veicular de uma aplicação da lei para que haja uma prestação de tutela judicial efectiva. **O dever de dirimir os conflitos**, como parte da tutela judicial, concretiza-se, então, no dever de decisão, exigível em direito e, por conseguinte, os pretextos de não despachar ou julgar raramente poderiam fazer apelo às deficiências técnicas da lei, porquanto o empreendimento interpretativo globalizado aparece à comunidade jurídica muito mais assumido do que há 150 anos.

Importa, deste modo, que se percorram as fronteiras do conteúdo do dever de despachar e julgar, que se estende, sem dúvidas, a todas as fases processuais e tem de conceber-se com um amplo conteúdo material, de oposição ao formalismo excessivo.

Se o consenso jurídico permite superar o argumento da obscuridade, insuficiência e silêncio da lei, sob técnicas interpretativas e de aplicação protocoladas, é claro, como acima se disse, que raramente podem ser utilizados estes motivos como pretextos de um não julgamento. Mas é perfeitamente imaginável a alegação de outras razões que sirvam ao mesmo fim, de sustentar que o juiz evite o julgamento exigível na conformidade do ordenamento jurídico, por exemplo, fazendo apelo a exigências formalísticas e procedimentais, que não afectam todavia a essência do processo e que, por isso, não devem impedir que os particulares acedam à justiça. Por serem aspectos de todo, sanáveis. A denegação de justiça com base em interpretações excessivamente formalistas das leis processuais afecta a prestação da tutela judicial efectiva, contudo, não cabe deduzir a existência de responsabilidade criminal em todo o julgamento denegatório excessivamente formalista. Em primeiro lugar, os argumentos têm de ser congruentes com o modelo de meros pretextos, isto é, devem jogar como subterfúgios, com a finalidade de evitar o julgamento devido, ou, dito de outra maneira, como argumentos

negativos desconformes ao conteúdo da tutela judicial, ou seja, que realmente não impedem a resolução do litígio. Neste plano, deve prevenir-se, ainda assim, a subjectividade do conceito de pretexto para se aceder a uma exigível perfeição típica, com vista a não permitir uma excessiva amplitude do tipo objectivo. Neste sentido, vejamos que a **insuficiência da lei** é algo distinto do **silêncio da lei**, e que inclui, deste modo, as situações de lei aplicável, mas insatisfatória para a resolução do problema posto. Ora, nesta vertente, a utilização abusiva de normas de processo para barrar o julgamento devido e concretamente as interpretações excessivamente formalistas, contêm, em boa verdade, e se forem utilizadas pelo juiz como pretexto, um argumento de impossibilidade de dirimir o conflito, apresentado ao arrepio do ordenamento vigente.

8.4. Atraso na administração da justiça

A incriminação do atraso voluntário da administração da justiça completa o âmbito de afectação do bem jurídico comum aos tipos de prevaricação: exercício correcto do poder jurisdicional através de uma prestação de tutela judicial efectiva. E convenhamos que o tempo de ser prestada é incidível do direito em si mesmo, no corolário de um processo sem dilações indébitas. Este ponto de vista constitui, pois, o eixo essencial da interpretação do tipo de crime que vai passar a ser abordado.

Enfrentamos também aqui uma situação de não prestação da tutela judicial efectiva que consiste em não dar a decisão ou a sentença exigível por direito. Destaque-se que se trata da decisão ou sentença exigível com referência ao ordenamento (e que será ou não será de fundo, dependendo da concorrência ou não dos requisitos e pressupostos processuais para tanto), porque a falta do despacho devido pode acontecer como uma decisão ou sentença distinta da que é devida, problema que nos remete para a estrutura omissiva do delito.

Toda a doutrina é unânime em considerar este crime, como **crime de omissão**, a natureza omissiva pode afirmar-se-lhe, sem dúvidas, sobretudo a partir de uma comparação típica com o núcleo de injusto radicado na recusa de julgar: o crime que agora nos ocupa consiste simplesmente em não julgar num prazo razoável. De qualquer modo, o atraso pode dar-se não só a respeito de decisões definitivas como também das decisões acidentais ou interlocutórias em coerência com o conceito já exposto de tutela judicial efectiva e com a interpretação sobre o que seja julgar na denegação de justiça.

Partindo daqui é necessário tornar preciso o alcance da passividade do juiz e da sua compatibilidade ou não com a pronúncia de um despacho ou sentença. O alcance concreto desta incriminação deve delimitar-se cuidadosamente e sem outorgar maior âmbito do que

aquele que é contemplado na previsão. Voltando atrás, cabe considerar que qualquer decisão outra, dilatória, desenha o atraso punível: o atraso da administração da justiça não se identifica, pois, necessariamente, com a absoluta passividade judicial, pode subsistir o atraso, insiste-se, pese embora ter sido emitida uma decisão. De igual modo, pode conceber-se o atraso em casos onde a passividade do órgão judicial não seja absoluta.

Mais adiante cabe utilizar o argumento em geral sobre a distinção ontológica entre a acção e a omissão: omitir uma decisão exigível com referência ao ordenamento pode ser caso simultâneo com a pronúncia de uma decisão diferente e, por último, a exigência de que o atraso seja voluntário, aponta para que, na maioria dos casos, ainda que sem ser uma exigência típica, o sujeito tenha levado a cabo manobras efectivas de carácter dilatório para evitar a decisão devida. Tudo isto se conecta directamente com o direito a uma resolução em tempo razoável, concretização do bem jurídico protegido por esta incriminação que conduz a apresentar-se-nos uma interpretação do conceito de atraso relacionada com a razoabilidade do prazo para resolver a questão. Estabelecido então um vínculo entre o conceito de atraso e o direito a uma decisão em tempo razoável, é necessário tornar possíveis os limites desse conceito em relação ao cumprimento do desvalor típico.

Aqui, teremos de partir da ideia, já assente, de o tempo razoável para o despacho ou a sentença se dever medir pelos critérios convocados, em geral, pelo TEDH: complexidade do assunto, comportamento do recorrente, forma como o assunto tenha sido conduzido pelas autoridades administrativas e judiciais, e as consequências que derivaram do atraso. E o percurso será de necessidade inevitável para tornar claro e preciso este conceito de atraso, no sentido que deve ter no âmbito e alcance do tipo penal, onde é especialmente necessário, dada a aparente imprecisão do termo. Ora, se nem todos os atrasos estão aptos a lesar o direito fundamental, mas apenas os atrasos indevidos, não colhe falar de anti-juridicidade material, de afectação do bem jurídico protegido penalmente, se o atraso em si não estiver de acordo com a tipologia do atraso indevido. Trata-se de um conceito objectivo que surge com o repassar do prazo razoável para decidir, ao mesmo tempo que a razoabilidade do prazo se pode ampliar, justificada a dilação, a partir de determinadas circunstâncias, de entre elas, a conduta dos litigantes e a complexidade do tema *decidendum*. De qualquer modo, a base mesma da investigação tem de nos levar para os standards do desempenho judicial, segundo a pendência dos tribunais.

De todo o modo, terá na construção desses standards de ser tido em conta o princípio geral de o excesso de trabalho judicial não poder derrogar as normas constitucionais e a distinção necessária entre aquilo que será um funcionamento anormal da administração da justiça e que

dá origem a indemnização por responsabilidade extracontratual do Estado, e o que é verdadeiramente um vício de constitucionalidade.

Em suma, o atraso poderá constituir uma irregularidade processual ou compreender-se na definição de funcionamento anormal, ou integrar um caso de violação constitucional por quebra do direito a um processo sem dilações indevidas. Ou seja: identifica-se um funcionamento anormal por excesso de pendência que nem sequer alcança uma violação do direito fundamental, não é dilação indevida, mas paralelamente o excesso de trabalho nem sempre exclui a violação constitucional. Claro que, na tipicidade criminal, só poderão entrar as infracções ao direito fundamental, podendo e devendo dela ser excluída a responsabilidade dos juízes por excessiva acumulação de serviço.

Anotemos, porém, que deve estabelecer-se uma diferenciação do plano da anti-juridicidade, do plano da atribuição do injusto ao autor. Esta última supõe, no limite, uma valoração da possibilidade da actuação adequada que podia ter tido o juiz, de tal forma que a acumulação ainda que possa deixar a salvo a existência de um atraso com violação constitucional, pode ainda assim, excluir a responsabilidade pessoal, por *impossibilidade material* de a decisão se produzir num prazo razoável, devendo ter-se em conta, nestes casos, que a responsabilidade penal ficará normalmente excluída no momento dogmático anterior, por se não tratar de actos voluntários.

Isto mesmo, não exclui, todavia, a responsabilidade disciplinar, porque o atraso injustificado e reiterado no desempenho é falta que tem de ser tida como falta grave.

Destaquemos, pois, a objectividade do conceito de atraso, na administração da justiça, correlacionado com a jurisprudência do TDEH, que traz a consequência da falta de afectação do bem jurídico até à superação do limite temporal considerado. Há necessidade, portanto, de uma última precisão sobre o conteúdo desta distante parte objectiva do tipo.

O limite mínimo que haja de ser fixado para **limite do prazo razoável**, vem de par e em coerência com o carácter fragmentário do direito penal: se não pode estimar-se uma violação do direito fundamental, do mesmo modo não deve promover-se a intervenção do direito penal. Enfim, esta orientação permite-nos enfrentar quer o caso das manobras dilatórias que ocorram sem ultrapassarem o prazo razoável para decidir, quer o caso da passagem do prazo mas com decisão final. No primeiro caso, mesmo assim, os factos não integram o pleno desvalor do resultado, e a problemática abre para a possibilidade da tentativa omissiva, que é

especialmente problemática: não haverá tentativa se considerarmos que quando começa a omitir-se a acção esperada, o delito já está consumado⁶².

Trata-se aqui, então, de não decidir quando existam condições para o fazer, isto é, quando se atinge o prazo razoável para despachar ou julgar, e devemos recordar-nos de que estamos perante um conceito aberto a densificar a partir de vários critérios entre os quais a forma como o assunto tenha sido levado a cabo pelas autoridades competentes. Ora, se nessa forma de levar o assunto se produzem manobras dirigidas a delongar a decisão, que conceptualmente possam equivaler a uma tentativa, segundo as teses que a admitem, isso mesmo coincidirá já com a possibilidade de despachar ou julgar na maioria dos casos: não despachar ou não julgar constituirá a omissão típica completa. E os escassíssimos casos de manobras dilatórias que podem, de todo o modo, ocorrer, muito embora distante o prazo razoável da decisão, podem constituir um outro crime de acção, distinto, como por exemplo, a infidelidade na guarda de documentos, ou são atípicas, pois ao não existir dever de despachar ou julgar, não pode censurar-se a circunstância de deixar de fazê-lo.

A resultado distinto se chega no segundo caso: atraso para além do prazo razoável, mas com decisão. O elemento objectivo diz respeito à dilação indevida sem que esta circunstância se elida no posterior despacho ou sentença.

O conceito constitucional de **dilação indevida** suporta a operatividade de distintas fórmulas assentes do direito a obter uma decisão judicial em tempo razoável: (i) incorpora, antes de mais, o conceito objectivo de atraso: se for imputável a um juiz que actue voluntariamente originará uma demanda criminal; (ii) no caso de se não tratar de conduta voluntária, mas ainda assim, atribuível a incumprimento da função, originará responsabilidade disciplinar grave, como atraso injustificado de desempenho; (iii) este, se for devido a dolo ou culpa grave, não constituindo crime, vai gerar a responsabilidade civil do juiz, de carácter residual; (iv) por último, a dilação indevida se não integrar nem responsabilidade penal nem disciplinar, pode dar origem simplesmente a direito de indemnização por funcionamento anormal da administração da justiça.

Pode concluir-se, portanto, que a **resposta penal está reservada a certas situações com características especiais no aspecto subjectivo** da conduta do infractor.

Se por dolo entendermos o conhecimento e querer padrão da parte objectiva do tipo, o dolo neste crime será referido, obviamente, à produção do atraso. Mas o conceito de atraso não é

⁶²Contra, Jescheck (1981: 709) que considera estar no início da omissão o momento de colocar em perigo imediato o objecto da protecção penal ou, neste caso, a amplificação do perigo existente. Cfr. tb A. Kaufmann, (1959: 222); I. Caraccioli, (1975, : 51): nos delitos de omissão pura a consumação começa no momento em que o sujeito deixa passar a última possibilidade de realizar a acção devida, mas defendem que há tentativa impossível de omissão na crença errónea sobre a situação de perigo.

um dado simplesmente temporal, referido a prazos taxativos: supõe o excesso de um prazo razoável para cumprir o dever de decidir. Por isso é que a produção do atraso é muito difícil de separar da infracção deste dever.

Cabe insistir neste domínio, que a voluntariedade do atraso da decisão não pode depreender-se e muito menos presumir-se do simples transcurso do prazo legal e em todo o conjunto de dados a valorar.

Fica concluída esta introdução à análise do conteúdo essencial dos tipos de prevaricação judicial, mas não deve ficar terminada a tarefa sem uma reflexão geral: a protecção do Estado de Direito, numa das suas facetas mais essenciais, a qual é esta da aplicação da lei, requer juízes independentes, que, precisamente por isso, sejam responsáveis por essa aplicação legal. O sistema através do qual se lhes impõe a responsabilidade é um sistema integrado por vários elementos, entre os quais os tipos legais de prevaricação que se constituem no mecanismo mais rigoroso de defesa do interesse estatal e social numa vigência efectiva do direito. Mas constituem, ao fim de contas, um mecanismo só compreensível e utilizável no sistema jurídico e político que assente nos pilares da submissão dos poderes públicos à lei, à independência e à responsabilidade judicial. Falar de prevaricação judicial num sistema que não assentasse sobre estes três pilares resultaria tão vazio de conteúdo, como falar de inconstitucionalidade sem constituição. Por isso, a preocupação que foi a de delimitar o alcance da **responsabilidade penal dos juízes**, não como cerceamento das suas funções, mas, pelo contrário, como **uma das instituições inseparáveis do Estado de Direito**.

No caso português, no entanto, toda esta tradição do pensamento e análise tipológica criminal vale para podermos construir uma noção afinada do erro de ofício prejudiciável que nem sequer pode dispensar o amparo da conclusão fundamental a que acabamos de chegar.

IV. Conclusão

1. Cada tempo é um tempo: uma solução?; 1.1. *Seguimento para um final; 1.2.. Rede informática e tribunais; 1.3. A liberdade igualitária; 1.4. Regra de custas oitocentista e direito salvo.*

1. Cada tempo é um tempo: uma proposta?

1.1. *Seguimento para um final*

No caso português toda esta tipologia criminal vale para podermos construir uma noção afinada do erro de ofício prejudiciável que num futuro recente terá de ser tributária dos resultados de um esforço de estudo, compreensão e pesquisa no sentido da recolocação dos problemas, avançada pela Senhora Professora doutora Maria da Glória Garcia, na Audição Parlamentar por ocasião do debate da proposta da que hoje é a lei 67/2007, 31.12: o ordenamento e com ele a função jurisdicional vão estar de certo sob os ventos da mudança.

Cada tempo constrói as suas próprias metáforas. Há não muito, a estabilidade era socialmente valorizada com âncora no tecido cultural. No entanto, os mundos sociais estáveis entraram em colapso: alteraram-se logo os pontos de vista e os modelos de pensamento da realidade. Hoje até a saúde individual é descrita em termos de fluidez. O que conta é a capacidade de mudar e adaptar-se, agarrar novos papéis, atribuídos a cada-um-prolongado nas novas tecnologias. As metáforas recentes da saúde enquanto flexibilidade aplicam-se não apenas à esfera mental e física dos particulares, como também às entidades: governos, conglomerados, empresas, que operam em circunstâncias que mudam continuamente. As aptidões começam a ser pensadas num perfil plástico. E a cultura da flexibilidade (Martin, 1994:161/225) acaba por desembocar, mais adiante, nas comunidades virtuais, onde se desempenham papéis quer tácitos quer explícitos ou se moldam personalidades *on-line*. As alternâncias *on-line* entre identidades começam a parecer bastante naturais: são *exercícios de flexibilidade* (id, id)⁶³. Certo é recolher-se do estudo das experiências da vida nos espaços virtuais que permitem descobrir a natureza múltipla, propriamente de cada um. De qualquer modo, a saturação social proporciona-nos uma multiplicidade de linguagens do *eu*, incoerentes e desconexas, porventura (Gergen, 1991). Entretanto, as relações disseminadas e o acompanhamento de formações culturais diversas (a relativizar atitudes e a elidir normas) fazem-nos *existir num*

⁶³ Vd., por exemplo, o jogo *second life*.

*estado de contínua construção e reconstrução: é um mundo onde tudo pode ser negociado; cada realidade abre a um caminho problemático*⁶⁴, à ironia e, em última análise, à *exploração lúdica: o centro não consegue manter-se coeso* (Gergen, 1991:17).

São as experiências na internet que ajudam a desenvolver modelos de multiplicidade e ajustamento flexível, no reconhecimento de uma natureza construída em torno da realidade tanto do eu como do outro. Ao mesmo tempo, as analogias conceptuais circulam livremente entre a ciência dos computadores e as ciências humanas⁶⁵: a inteligência artificial e a crítica, a biologia molecular e também a vida artificial. A emulação dos mecanismos de compreensão humana tem como resultado que influenciem profundamente a cultura popular, aqui, onde o sucesso da tecnologia depende do contexto cultural que a aceita ou rejeita. Por exemplo, é assim que a investigação no campo da literatura, acerca das repercussões da teoria do caos, faz deste *giro* constituinte do imaginário dominante um dos temas centrais da análise literária (Hailes, 1990:3). Hoje em dia, todos nós temos sonhos de *cyborgs* (Turkle, 1999 *tp*:394), e os computadores exprimem cada vez mais constelações de ideias, surgidas a par e passo da opacidade, da experimentação lúdica e da navegação à superfície, como modalidades privilegiadas de alcançar o conhecimento. Em suma: a controvérsia derradeira diz respeito à noção de realidade, onde a adoção de pontos de vista múltiplos suscitará um novo discurso normativo.

1.2. Rede informática e tribunais

A rede informática inter-conexiona o tribunal com os autores e os réus, quaisquer interessados e contra interessados, a secretaria, os advogados, o MP e os juízes. Depois, ligará, sem dúvida, todos os tribunais, horizontal e verticalmente, acelerando a comunicação, mas aumentando a complexidade do sistema, pelo menos, aumentando o número de interdependências entre entidades. E o funcionamento de todas estas redes imbricadas umas nas outras irá produzir sentido, um incontornável sentido de novidade. Geração de novas camadas de conhecimentos a partir da combinação de várias outras estruturas de conhecimentos que vai fazer emergir, como estamos a ver, a necessidade de conceitos remodelados, um inventar de modelos de pensamento congruentes com uma realidade de todo outra, afinal. Poderemos admitir, por fim, um paradigma diferente da independência dos

⁶⁴ Controvérsias geradas pela tecnologia nomeadamente onde a modelação social com que se nos apresenta e exige a imediata satisfação das nossas necessidades.

⁶⁵ As Ciências que produzem tecnologia precisam de outras ciências que expliquem/justifiquem/ descrevam os contextos de utilização da tecnologia de modo a produzir mais tecnologia capaz de interpretar esses contextos – É assim que a automatização vai avançando no campo das ciências humanas.

juízes, pedida ao direito aplicado, uma funcionalidade enérgica e multi-adaptada da rede global, a justificar-se continuamente na eficiência sócio-económica da composição dos litígios segundo paradigmas de retroacção cibernéticos. Com toda a probabilidade esta rede passará a ser operada através de *usuários*, apenas diferenciados pelos níveis de *segurança e de utilização*, mas de linguagem transponível de imediato no binário das tecnologias digitais. Por conseguinte, a independência encostará, previsivelmente, a uma reerguida noção de exercício profissional comum aos juristas informáticos, virado a resultados fractais⁶⁶.

Mas a herança, aberta a benefício de inventário, vem do lado de um aperfeiçoamento e revitalização da função jurisdicional, ancorada na natureza e finalidade publicística do processo: são atribuídos ao juiz amplos poderes de direcção e de investigação, para uma justiça substantiva. Aos particulares, em contrapartida, são conferidas especificadas garantias judiciárias base: de par, teriam de os pôr a coberto dos erros e arbitrariedades dos julgadores. Não surpreende, assim, na paisagem judicial quer um desenho forte do dever de leal cooperação do juiz com as partes na arquitectura do caso (*Aufklärungspflicht* e *Vollständigkeitspflicht*), quer a importância dada a uma *justiça de equidade* (que arranca de um projecto de sábia e respeitosa concretização do modelo da lei), *pacificadora e persuasiva*, com horizonte no *bem-estar social* (Vaz, 1976: 192-197). Emergem então, neste lugar *hipergeométrico*, os desafios da rede informática judiciária por de dentro das inquestionáveis balizas civilizacionais do princípio do contraditório, dessa conciliação sob o direito, da descoberta oficiosa prudente, da prova transcrita e da motivação das sentenças e despachos.

Mas tenhamos, todavia, em conta os avanços da informática que caminha a par da economia para uma massiva personalização, abrindo avenidas de ferramentas digitais em direcção ao paradigma de software a pedido. Actualmente, as ciências de computação favorecem abordagens de desenvolvimento que permitam a composição dinâmica de soluções a partir de componentes prefabricadas que os utilizadores possam escolher, modificar e juntar de modo a obterem a funcionalidade que cada problema requer. Num estágio mais avançado, essas componentes constituem-se em *Web services* que os utilizadores usam remotamente segundo a filosofia de produção *just in time* (Carvalho, 2006).

Na reviravolta, com o hábito das comunicações *Web*, poderá mesmo tornar-se obsoleto que os debates se produzam na presença.

Afinal de contas os *Web services* acabam por ser de todo mais congruentes neste *mundo da vida*. As escolhas operacionais revelam e descobrem, com eficiência, os efeitos estratégicos

⁶⁶ Por assim dizer, *mimesis* desses objectos geométricos complexos que se subdividem (partem) em sub-objectos com a mesma estrutura do objecto inicial cujo padrão repetitivo pode ser gerado por algoritmos iterativos ou recorrentes.

do discurso (quando distanciados da objectividade); agregam no conforto da distância. Descartável é a *contemplação*: são-no os ritos faciais, os lapsos do orador, os gestos e os sinais da figura, normalmente associados às justificações de transparência e eficácia do *movimento em favor da imediação* e da *oralidade*. Ou, muito mais do que isso, perante o som e vídeo da Web, será despedido, sim, o acolhimento de quaisquer olhares de proximidade. Todavia... não são, ao lado dessa voz, dessa palavra igual à do juiz e do adversário, metáfora do espaço público democrático: *ágora* grega reminescente?

É de esperar um fechamento do ciclo: processo escrito por circulação de sinais electrónicos; mas...o sentido da verdade virá a ser o da *compatibilidade*, inscrita na produtividade computacional (dos sistemas sócio-tecnológicos). E o juiz, o jurista, virá a ser um *contínuo* da lei? Um fotocopiador, ou ainda assim, um *hologramador* de mundos?...Como responderá?

No entanto, a acção recíproca apresenta-se-nos com todo um dimensionamento e uma compreensividade próprios. Lógica que é totalmente diferente de uma lógica da substância ou do predicado: a relação acontece *entre* os entes. É da ordem daquilo que os estóicos designavam como incorpóreo, onde distinguiam a instância do *dito ou enunciado*, condição em si, dessa mesma relação. Exige um *inter-dizer* ou um *inter-dizer-se* que foca e contém o registo da fala, na infinidade de um reenvio de um ao outro.

A relação, afinal, só é possível enquanto consiste neste dual/duelo – *se posso evocar simultaneamente o valor gramatical do termo no caso de determinadas línguas (como o sânscrito ou o grego) e o seu sentido de combate singular, mas onde o singular não é válido no modo numérico: ambos se enfrentam sozinhos para deixar advir, no vazio entre eles, algo como um ordálio, um juízo de deus, em que se arrisca a honra, isto é, precisamente a distinção absoluta ou a dignidade de cada qual* (Nancy, 2008 *tp*: 27-8).

1.3. A liberdade igualitária

Partamos agora da concepção geral e moderna de liberdade do indivíduo e das suas relações com o ordenamento. Remontaremos a Rousseau de onde derivam as posições de Kant como filósofo do *Estado de Direito* - consciente reivindicação universal *dos direitos subjectivos*⁶⁷. Rousseau diz-nos que a desigualdade, com base no direito positivo tão simplesmente, é

⁶⁷ Em oposição ao indivíduo das democracias antigas. Vd. Eurípedes – *As Suplicantes*: ...- *eis o que é a liberdade; quem tem algum conselho útil a oferecer à Cidade? aquele que se sente capaz disso, torna-se imediatamente ilustre, senão que se cale – existirá uma igualdade mais perfeita? ...*

O princípio da liberdade corresponde, numa visão global, agora, à ideia moderna de direitos/liberdades, tal como se desenvolveu a partir de Hobbes, Locke e Rousseau, para cristalizar, num primeiro momento na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789: é a essência em si mesma da ideia de *direito subjectivo*, concebido como poder do indivíduo a quem são reconhecidos precisamente os direitos ou liberdades fundamentais.

contrária à razão sempre que não concorra no proporcional com a desigualdade de força, de talento ou desigualdade de méritos. Formula assim, pela primeira vez, o problema de uma igualdade como relação entre as desigualdades civis e as desigualdades de mérito individual e foca a questão do direito de cada ser humano ao reconhecimento social das suas capacidades pessoais. O princípio da desigualdade desemboca, ainda assim, num princípio de diferenciação conforme ao ideal de justiça distributiva, dirigido ao objectivo do bem-estar óptimo de todos os membros da sociedade. Mas se a igual dignidade das pessoas exige o reconhecimento da liberdade de cada um, também postula o respeito da diversidade de responsabilidades. Na sequência, faz também parte da ideia desta *sociedade bem ordenada* que seja eficiente: seria desrazoável, como observará Rawls, manter um princípio igualitarista que lhe prejudicasse o dinamismo. Em suma, uma eficiência global acaba por justificar também o princípio da diferença e as desigualdades contribuem, apesar de tudo, para um melhor bem comum (Rawls, 1975: 97-98).

Entretanto, não se confia já, como Rousseau, nos dados de uma razão genérica abstracta. Por um lado, os particulares tendem a pôr a razão ao serviço de interesses agregados; por outro, a confiança é depositada ao mesmo tempo, na *comunidade com todos*: ...*é precisamente a união dos indivíduos (... suposto que as forças produtoras estão agora desenvolvidas) que submete ao controlo de todos os indivíduos as condições do seu livre desenvolvimento e movimento, condições, até aqui, deixadas ao acaso* (Marx [1848], tp1975). Mas, *a liberdade como condição de liberdade de todos* – esta *libertas maior*, implica uma nova concepção e uma nova realidade jurídica, um novo direito. O carácter propriamente regulador do direito inscreve-se, aqui, como superação e resposta questionante: *as leis da liberdade são mil vezes mais austeras do que o duro jugo dos tiranos* (Benjamin Constant). É então que, voltando a Rawls, acaba por ser conferida uma dimensão maior à noção de dever que à de direito. Onde Kant vê um conceito de direito derivado do conceito de dever, Rawls concebe um lugar proeminente ao conceito de dever que serve directamente para explicar de imediato o seu conceito de justiça como equidade: *justice as fairness* (Rawls, 1985: 223-251).

Entretanto, o autor propõe-nos a ideia de *deveres naturais* como uma consequência lógica da cooperação social a todos forçosa. Supõe o concurso de certas obrigações recíprocas da parte dos *contratantes* (ou seja, neste caso, os cidadãos que recorrem a juízo e os juízes): dever de prestar ajuda ao outro na necessidade; dever de não causar prejuízo, dever de respeito mútuo, i.é, de respeito pela pessoa como ser moral provido de sentido de justiça e capaz de conhecer o bem. Deveres estes que não têm carácter jurídico-institucional: são regras gerais de conduta

e valem para todos por força da igualdade moral em que se inscrevem (Rawls, 1971:114ss). Aqui, a dimensão mais importante desses *deveres naturais* é, sem dúvida, a reciprocidade que implicam e pela qual ficam todos agregados ao mais importante: uma justiça concreta.

Ora, ao dar fundamento a um dever, a equidade faz ao mesmo tempo emergir um direito, o direito de cada um ver respeitadas as condições de cooperação pelos outros. Logo, o direito à equidade decorre de um dever de defender a justiça e naturalmente de apoiar instituições justas (Rawls, 1985:223-251). E por aí adiante, então, até ao pensamento da *finalidade interna da ordem jurídica* governada por *valores que lhe são próprios enquanto instrumento*, ela, de limitação recíproca dos interesses em presença.

De qualquer modo, a maioria das interacções humanas são eminentemente sociais: é através destas interacções ocorridas num horizonte infinito de possibilidades que emergem justamente as formas agregadas e espontâneas dos actores e agentes em presença, numa série variada de arranjos (Corrêa, 1999:227). Neste ponto é que a utensilagem legal com vista a uma boa governança⁶⁸ vem a ser frequentemente considerada um ícone de um movimento na raiz da natureza da regulamentação jurídica: marca-a a emergência de um direito ancorado crescentemente nos procedimentos (Lenoble; Bertem, 1996, cit. Kirat, 1999:29), mais negociado que imposto pelos poderes públicos e a quem Teubner (1994) confere o signo da abertura do sistema social direito aos outros subsistemas sociais: cultura e economia. Esta concepção de um pluralismo jurídico amarra na ideia de que o direito, ele próprio, se alimenta de várias energias, ponto de vista que vem de Gurvitch (1931) e prossegue no Carbonnier da visão psico-sociológica (id, 1969) e nos conceitos de infra-direito e de contratos relacionais (Belley, 1996). Buscam motivos em normas de comportamento partilhadas. Assim, adquirido, sem dúvida, que a exigência da liberdade igualitária no sentido de Rousseau é a exigência democrática contemporânea dos direitos do homem, é também verdade ainda, que no plano da cultura, encarada concretamente, deve ser compreendida e praticada como um momento inaugural: é a condição da *via emancipatória* (Santos, 2000:352) e de integrar a imensa maioria, a caminho de uma *sociedade de livres*, ideal que foi de Lessing, na confluência histórica de todos os humanismos (Volpe, 1950).

1.4. Regra de custas oitocentista e direito salvo

A solução para o problema da responsabilidade judicial tem portanto de ter em conta que a qualidade da justiça depende de uma inexorável capacidade de se questionar, erguendo uma

⁶⁸ O conceito de governança provém da teoria da gestão estratégica empresarial, para onde convocou o princípio *prima non noscere*: consolida a permanência das aprendizagens em dinâmicas de reconhecimento e reflexividade.

cultura de avaliação das práticas e de reflexão colectiva no horizonte da dúvida das coisas humanas. *para isso, a instituição judicial deve nomeadamente aceitar a crítica e o contraditório, do interior e do exterior, aproveitando a liberdade de palavra e o pluralismo dos pontos de vista* (Alt, 2008:17). As condições de uma sociedade dos dados informacionais, de comunicação, em rede, exigem-nos que recordemos aqui e agora as âncoras do paradigma processual, dessa estrutura *de discussão pública racional*, por onde circula o sentido de uma qualidade jurídica que se mede pela capacidade de defender os valores inscritos nas Constituições e nos instrumentos supra nacionais dos Direitos Humanos. *Sem isso a justiça não será nem legítima, nem ética, nem eficaz* (Id.,id).

É precisamente o tópico desta eficiência que chama à atenção para a centralidade temática do momento regulatório da lide, onde uma interacção trilateral - parte/juiz/parte - de igualdade de armas se envolve na paisagem complexa dos automatismos contemporâneos. Neste sentido também vai a lição actual de Posner (2003): é importante que os juízes pensem em termos de consequências sem ficarem prisioneiros da retórica do formalismo legal ou do pensamento pragmático, mas para serem pragmáticos dia a dia.⁶⁹ E assim é que a *regra de custos* oitocentista e do *direito salvo* em caso de dolo ou negligência/erro indesculpável terão de visitar-nos, na óptica agora das *leis que funcionem como técnicas de organização* (Fazzio Jr,2005:19)

⁶⁹ *What is important is that judges and other policy-makers should think in terms of consequences without taking the rhetoric of legal formalism seriously and without bothering their heads about pragmatic philosophy either; that they should be, in short, everyday pragmatists* (p.55).

Anexo

Responsabilidade judicial: um percurso noutros aproximados lugares

1. Brasil 1.1 *Corregedor e correições: uma herança institucional portuguesa*; 1.2. *A responsabilidade judicial brasileira*; 1.3. *Penas disciplinares: a perda do cargo e, no limite, a acção de improbidade*; 1.4. *Procedimento disciplinar e regimentos internos dos tribunais*; 1.5. *Responsabilidade judicial: uma controvérsia e a jurisprudência*. **2. Uruguai**; 2.1. *Responsabilidade administrativa e a responsabilidade jurisdicional, um igual fundamento*; 2.2. *Responsabilidade judicial por prisão indevida: a jurisprudência*; **3. Argentina**; 3.1. *A posição doutrinária e de reforma legislativa de Jorge Luís Maiorano*.

1. Brasil

1.1. *Corregedor e correições: uma herança institucional portuguesa*

Corregedor vem do título de Regedor: é aquele que auxilia, dá assistência ao Regedor da Casa da Suplicação, tribunal a que corresponde hoje o Supremo Tribunal de Justiça (Almeida 1957: 31-47). A este, além de presidir, cabia-lhe fiscalizar os Tribunais da Relação: colocava os desembargadores em *Mesas de Ofícios*, decidia casos de suspeição, autorizava as vistas do processo para estudo judicial, visitava as cadeias uma vez por mês; em geral, *tinha jurisdição extraordinária permanente sobre os juízes inferiores, com a atribuição de emendar-lhes os erros ou punir-lhes as faltas ou abusos* (Carvalho Santos, 1947: 13-147). O título LVIII do livro I, item VI, das Ordenações Filipinas, com fonte nas Ordenações Manuelinas referia-se às Audiências Públicas durante as quais o Corregedor ouvia as reclamações das partes e mandava chamar os juízes para que as acções tivessem andamento. Procedia, no tempo e forma, das *correições* que não eram, em todo caso, figuras de julgamento dos juízes a ele sujeitos. Este era o modelo comum do direito português antigo que passou ao **Brasil**.

Neste País, com o passar dos tempos, depois de proclamada a República, as atribuições da corregedoria passaram às leis judiciárias, onde para a justiça federal a lei 5010 de 30.05.1966, prevê no artº 4º e artº 6º inc. VI a figura e papel do Corregedor, mas sem particularização de competências (Freitas, 2003: 31). A intensidade das correições varia de acordo com a prática local e há tribunais de justiça brasileiros que colocam o regimento interno um número mínimo de Varas a serem visitadas. A correição ordinária é, contudo, a razão de ser principal do órgão para inspecção das causas, orientação dos juízes e, se necessárias, para tomar medidas de âmbito disciplinar. *Nada substitui a presença do Corregedor-geral, menos ainda o acompanhamento dos processos pela informática* (Freitas, 2003: 34).

Entretanto, também a tradição brasileira não inclui este tipo de controlo dos magistrados de segunda instância: as infracções que praticarem devem ser apuradas no próprio tribunal onde exercem funções. Contudo, no Tribunal Regional Federal da quinta região, a Emenda Regimental 1 de 26.04.2001 deu nova redacção ao artº 2º do Regimento Interno⁷⁰, dando ao Corregedor-geral poder para apurar factos no segundo grau de jurisdição, excepto no *Gabinete dos desembargadores federais*. Mas a responsabilidade penal é aqui da competência do Supremo Tribunal de Justiça, tanto para a investigação como para o julgamento. Neste caso a acção penal originária não se mostra efectiva: tem andamento moroso e dificilmente se chega a uma decisão de mérito (Freitas, 2003: 35) – qualquer denúncia passa pelo plenário ou secção especializada e muitas vezes leva meses a ser admitida, perante o elevado número de vistos.

Em suma, sustentam os autores brasileiros, ser o controlo interno da magistratura do segundo grau muito frágil, ao contrário da primeira instância, sujeita à permanente fiscalização (Freitas, 2003: 36).

Ainda no plano interno, surgiram no Brasil novas metodologias: alguns tribunais instituíram uma *Ouidoria*, destinada a receber reclamações das partes e a apurar sumariamente as ocorrências para lhe dar uma resposta imediata. Se o caso envolver conduta do magistrado, a *Ouidoria* limita-se a encaminhá-lo para a Corregedoria Geral. E esta resposta deve ser correlacionada com outra forma indirecta de controlo em volta da implantação da chamada *qualidade total*. Este típico objectivo da iniciativa privada, a demanda da *qualidade total*, de origem nipónica e fortemente evoluída nos Estados Unidos da América, é um tema típico do mundo globalizado de intensa concorrência que exige maior aperfeiçoamento das técnicas de trabalho: reduzem tempo, gastos e conduzem ao melhor serviço possível.

A Administração Pública não ficou indiferente, tanto no Brasil como em Portugal, à mudança e tem vindo a adaptar-se, passo a passo, às novas exigências, dedicando estudos de qualidade no âmbito judicial, perante as novas exigências do acesso à justiça. E as práticas têm evoluído, ora mais ora menos, enquanto alguns encaram a *qualidade total* com desconfiança, inaugurada num movimento empresarial que nada terá a ver com as justiças (Freitas, 2003: 37).

Antônio de Pádua Ribeiro, autor que tem estudado esta problemática no Brasil, chama a atenção para deverem ser tidas como *formas de controlo indirecto das Escolas da Magistratura, os centros de treinamento de juízes e servidores, órgão de planeamento,*

⁷⁰ DJU 09.05.2001, p99,n.89.

sectores encarregados dos estudos de organização e métodos e particularmente a informática (cit. Freitas, 2003: 37).

Sob a égide de controlos externos da actividade do juiz brasileiro, na ausência institucional de um Conselho Superior de Magistratura, a fiscalização deriva do jogo forense e da comunicação social crítica, pela via dos recursos, dos debates jurisprudenciais, das notícias de opinião, podendo a Ordem dos Advogados intervir em desagravo público em certas situações excepcionais de conflitos entre juízes e magistrados. Por outro lado, o ingresso na magistratura faz-se por concurso público onde participa a Ordem, segundo a Constituição brasileira, artº 93º, inc.1.

De outra forma, o escrutínio do desempenho judicial não deixa de fazer-se pelo incremento do voluntariado dentro da justiça: muitas Varas de todo o Brasil recebem estudantes universitários que prestam serviços informalmente e o Corregedor Geral do Rio de Janeiro denominou-os e a outros que têm tido tarefas no Juizado da Infância e Juventude, em provimento oficial, *Colaboradores Voluntários da Infância e Juventude*, não obstante o tipo de tarefas que desenvolvem se situar para além da lei 8 069/90.

E em geral a opinião da comunidade jurídica brasileira defende a introdução de soluções inspiradas no caso dos Estado Unidos da América, reclamando *Códigos de Ética Judicial* à semelhança do Código de Conduta para os juízes federais⁷¹, adoptado na Conferência Nacional de 05.04 de 1973 e revisto na Conferência de Março de 1996 ou *The Code of Judicial Conduct for the District of Columbia Courts*⁷², este que trazem à colação pela proeminência brasileira do Distrito Federal.

Concluem: é indispensável que o juiz possa e deva participar da sociedade em que vive, mas achar o ponto certo deste relacionamento nem sempre é fácil: *o equilíbrio na participação é critério de cada juiz, para o qual podem contribuir as Escolas de Magistrados e as Corregedorias Gerais de Justiça* (Nalini, 1991: 231).

⁷¹ Divide-se em sete capítulos, onde trata das medidas e comportamentos do juiz para manter a independência, define o comportamento impróprio, a imparcialidade e a diligência, baliza a margem de dedicação a actividades extra-judiciais para melhorar a lei e a administração da justiça, regulamenta-as, para reduzir ao mínimo o risco de conflitos com as funções judiciais, estabelece o dever de apresentar regularmente dados sobre as remunerações legais e extra judiciais e recomenda terem de evitar participar da actividade política.

⁷² Divide-se em cinco *Canons*, com comentários que servem de orientação a todos os juízes do distrito. O *Canon* número 4 dispõe: *um juiz deve conduzir as suas actividades extra-judiciais de modo a minimizar o risco de conflito com as obrigações judiciais*. E na primeira secção deste *Canon*: *um juiz deve conduzir todas as suas actividades de modo que não lance dúvida sobre a capacidade de agir imparcialmente, não deve diminuir a dignidade do cargo e nem permitir que as suas actividades particulares interfiram no desempenho das obrigações judiciais*. Nos comentários: *um juiz, mesmo na sua vida particular, não pode usar expressões preconceituosas ou tendenciosas a fim de não lançar dúvidas sobre a sua imparcialidade, por exemplo, piadas ou observações que diminuam o indivíduo quanto à sua raça, sexo, religião, nacionalidade, invalidez, orientação sexual ou condição sócio-económica*.

O que se apresenta no Brasil, de particular interesse no debate acerca do controlo dos juizes, se há-de ser interno ou externo, é a tendência para a recusa da criação de um órgão de semelhança com os *Conselhos Superiores*: *pergunta-se, em que poderia ajudar a criação de um Conselho da Magistratura, com a participação de pessoas de instituições diversas...? Traduzindo... um pensamento comum, Nilson Vital Naves observa que... o controlo que se impõe e se exige há-de ser interno, até porque o controle externo, além de representar histórica e dogmaticamente, verdadeiro atraso, atingiria os princípios de autonomia e independência do judiciário, ferindo de morte, a separação dos poderes, a cujo respeito expressamente já se proíbe a proposta de emenda tendente a aboli-la, ao ver do disposto no artº.60º §4º, III, da Constituição* (Freitas, 2003: 44).

Na verdade, herdeiro do sistema do direito antigo português, mas beneficiando da ausência colonial do Rei e da corte, e consolidando-se a partir da proclamação da República, o judiciário brasileiro passou a gozar de grande independência, servido por um controlo interno que herdou, mas sem a ligação umbilical exterior, enquanto as magistraturas europeias, não formavam muitas vezes um poder independente, assumindo o papel de simples órgão de administração da justiça do Estado. Por isso é que os Conselhos da Magistratura surgiram de modo institucional para proteger os juizes, exactamente para evitar que se vissem perseguidos, removidos por motivo das decisões, preteridos. Ao mesmo tempo, na Argentina, onde o Conselho da Magistratura está previsto no artº 114º da Constituição, tendo a seu cargo a selecção dos magistrados e a administração do poder judicial, dizem os juristas brasileiros, não terem notícias de qualquer avanço, muito pelo contrário verifica-se que os juizes reclamam de interferências indevidas e de maior burocratização. E apontam o exemplo português: *em Portugal, uma situação diversa, porque o judiciário há mais de 100 anos que sofre de variadas formas de controle* (Freitas, 2003: 45).

1.2. A responsabilidade judicial brasileira

No direito brasileiro, de acordo com artº 52º, II, da Constituição, ficou estabelecido um caso de responsabilização política dos juizes, mas só dos juizes do Supremo, muito embora a Constituição Federal se refira também aos crimes de responsabilidade dos magistrados judiciais, artº 96º, III: atribui contudo o julgamento aos tribunais. Previne e habilita o Senado Federal a *processar e julgar* os ministros do Supremo Tribunal Federal por infracções previstas na lei 1079/50, cujo artº 39º sanciona a alteração, por qualquer forma, excepto por via de recurso, de decisão ou voto já proferido em sessão do tribunal; a prolação do julgamento quando, por lei, seja o ministro suspeito na causa; o exercício da actividade

político-partidária; o dissídio no cumprimento dos deveres do cargo e a conduta incompatível com a honra, dignidade e decoro das funções.

Tais infracções podem ser subsumidas do mesmo modo a responsabilidade disciplinar do magistrado (em bom rigor a responsabilidade segue o modelo aderente das consequências sancionatórias: emerge como pura classificação) e segundo a directiva teórica *um único acto do juiz pode gerar efeitos classificáveis dentro de diversas espécies de responsabilidade, concomitantemente* (Laspro 2000: 136).

E se seguirmos a classificação de Cappelletti, quando diferencia a responsabilidade judicial em política, social e jurídica: civil, penal e disciplinar (cit., 1989 *tb*: 36), deve referir-se, em primeiro lugar, a necessidade de fundamentação e publicidade das decisões, sob norma constitucional, artº 93º, IX e X, muito embora o juiz brasileiro não possa ser afastado por mecanismos exclusivamente sociais ou populares (Silva 1994: 283). A crítica pública (Cappelletti, 1989: 47) elide no juiz *não [poder] ter sua permanência no cargo submetida à aprovação da maioria* (Aguiar Junior, 1998: 50). Ao contrário, não poderia enfrentá-la, sempre que necessário para fazer valer o princípio democrático do respeito pela maioria.

A responsabilidade jurídica segundo o autor é aquela que é, em primeira linha, determinada *por meio de procedimentos e por parte de órgãos que tendem a ter natureza prevalentemente jurídica e até jurisdicional (em contraste com os procedimentos e órgãos de natureza política ou social) e, em segundo lugar - ...característica mais relevante - ...é baseada em violações do direito (mais do que em comportamento reprovados apenas política ou socialmente)* (Cappelletti 1989: 52).

Abre-se aqui o campo inaugural da responsabilidade do Estado pelos actos praticados pelo juiz, problemática onde, no direito brasileiro, é afastada a tese da irresponsabilidade judicial, perante o artº 37§6º CF, sem qualquer ressalva que não contém e convocando *agentes administrativos* já não *funcionários públicos*, apenas. Deste modo, no caso da actividade judicial, foi na verdade posto de lado o pretexto de se dever toda inteira, à emanação directa da soberania: apenas assim as decisões firmes pelo efeito de caso julgado. Mais ainda: foram afastadas as teses da tipificação redutora aos casos de prejuízos indemnizáveis por erro judiciário coberto por uma responsabilidade objectiva, como na decorrência de erro de juízo penal, artº 630º CPP *br*.

Por outro lado, a responsabilidade do magistrado judicial por actos de natureza administrativa é sem reservas assimilável à de um qualquer agente administrativo *a quem se pede uma prestação e não que se pronuncie sobre um litígio: destarte o mesmo regime de*

responsabilidade aplicável aos actos administrativos formais não pode ser recusado aos actos administrativos materiais, produzidos pelo poder judiciário (Dergint 1994: 226).

Deste modo, restrito o âmbito e alcance da imunidade judicial - protecção da independência e imparcialidade, garantia das partes (Lazzarini 1995: 303-5; Mele 1987: 64) - a dúvida, no ordenamento do Atlântico Sul, reside, no que diz respeito á responsabilidade indemnizatória civil por actos praticados pelo juiz na esfera jurisdicional, em saber se o Estado e só ele é responsável ou se tem salvo direito de regresso a título de dolo ou culpa; se a vítima ou quem suporta os danos pode demandar directamente o magistrado, ou só o Estado ou o Estado e o magistrado. O artº 37§6 CF, ao excluir aparentemente a hipótese da demanda directa, pode *apenas ter representado uma forma de maior protecção do administrado, colocando a seu favor e de acordo com a sua opção, a solvência presumidamente maior da Administração* (Bandeira de Mello, 2000: 816; Nanni 1999: 298).

Contudo, *de uma forma ou de outra, em regresso ou também directamente, a responsabilização do juiz far-se-á sempre a título subjectivo – ao contrário do Estado, que responde objectivamente* (Godoy 2003: 72). E a meio caminho entre a generalidade da responsabilização cível - *aquele que, por acção ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano – e a exigência do dolo ou culpa grave*. Com efeito, sustentam os autores brasileiros esta restrição, sem no entanto poder cair-se na simples irresponsabilidade, por vénia ao perfil específico da função e condição do juiz que age como agente político (Meirelles 1989: 69), *na expressão do poder soberano do Estado, ao qual está afecto o monopólio da jurisdição, actividade essencial cujo desempenho se deve dar de forma imparcial e independente, tudo, frise-se, para garantia do próprio usuário do serviço* (Godoy 2003: 72).

De outra perspectiva, no Brasil, o juiz tem a responsabilidade criminal marcada nos crimes funcionais artº 312º a 326º C. Penal, com a possibilidade de lhe ser aplicada a pena acessória da perda do cargo, artº 92º, I, cit. e na Lei 4 898/75 que estatui e pune os casos de abuso de autoridade.

Com efeito, a noção penal de funcionário público, sem dúvida que abrange o exercício judicial: *considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem...exerce cargo, emprego ou função pública*, artº 327º e o leque das incriminações no e por causa do exercício de funções públicas vai do peculato às violações de sigilo, englobando porém o crime de prevaricação que foca a tradicional denegação de justiça e a prisão ilegal: *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, acto de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa da lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*, artº 319º.

Escreve o Professor Paulo José da Costa Júnior: *praevaricatio significa o acto de andar tortuosamente, desviado do caminho certo; prevaricação é infidelidade ao dever do ofício, é o descumprimento de obrigações atinentes à função exercida;... objectividade jurídica: é [aqui] o bom andamento da administração pública, prejudicada pelo funcionário que, para satisfazer objectivos pessoais, desatende o dever funcional - ... poderá o delito ser praticado pelo magistrado...; consuma-se o crime, nas espécies omissivas, com a não execução do acto oportuno tempore; ...o elemento subjectivo acha-se representado pelo dolo genérico e pelo dolo específico: o primeiro consiste na vontade livremente endereçada à realização das condutas referidas pela norma; o dolo específico consiste na finalidade [de o juiz] satisfazer interesse ou sentimento pessoal (Costa Jr, 2005: 763/4).*

Em paralelo com a responsabilidade civil e penal o juiz brasileiro responde pelo incumprimento de deveres públicos que lhe determinam uma forma de agir ou não agir no campo da sua actividade funcional ou mesmo na esfera da sua vida social. Ocorre *caso de responsabilidade na consideração da eventualidade de prejuízo ao bom andamento do serviço, cuja preservação se procura com o estabelecimento do regime disciplinar, onde se inclui a imposição sancionatória* (Godoy, 2003: 74).

Em verdade, continua o nosso autor, o poder - dever disciplinar à administração conferido vê-se antes de mais ditado pela razão precípua do melhor atendimento ao serviço: seu objectivo deita origem na necessidade de preservação e mesmo de aperfeiçoamento, melhoramento, optimização do serviço, posto que pela emenda de servidor faltoso (2003: 74; Meirelles 1999: 103; Cretella Junior 1988: 38)

Sobre este ponto de vista a jurisdicionalização da actividade disciplinar, indiscutível perante o artº 5º, L V, CF, nomeadamente sob a espécie do contraditório e da defesa ampla, não faz perder de vista esta última e específica finalidade da responsabilização disciplinar dos magistrados, em nada relacionada com a censura penal ou com o fundamento de a impor.

Os deveres dos magistrados na actividade profissional e mesmo na vida pessoal, que lhe determinam certos padrões de conduta, estão dispersos em variadíssimas normas do ordenamento brasileiro que vão da Constituição Federal às leis estaduais de organização judiciária e regulamentos internos dos tribunais. Mas não vigora o princípio da tipicidade estrita ou restrita: à configuração da falta funcional, basta a infracção do dever genericamente considerado, tanto que os deveres dos magistrados são descritos, via de regra, de modo genérico como, por exemplo, quando se lhes determina na vida pública e particular que mantenham conduta irrepreensível, artº 35º, VIII, LOMAN. (Lei Orgânica da Magistratura

Nacional). Trata-se de tipos abertos ou de conteúdo indeterminado para serem oferecidos a uma leitura completa nos órgãos de controlo, perante a singularidade do caso.

É disciplinarmente ilícita qualquer conduta do agente que transgrida a concepção dos deveres funcionais válida para as circunstâncias concretas da sua posição e actuação (Godoy, citº M. Caetano, 2003: 78); *daqui inclusive afirmar-se que, na esfera disciplinar, não vigora...o princípio da reserva legal, do nullum crimen, nulla poena sine lege* (Meirelles, 1989: 104).

Contudo, os deveres do juiz agrupar-se-ão entre deveres enquanto órgão do Estado e deveres enquanto titular da jurisdição. O primeiro conceito congrega os princípios fundamentais da cidadania, dignidade humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, reduzidas as desigualdades sociais e regionais, de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação que devem ser levados à prática pelo juiz. Abarca também os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, que devem demarcar a conduta do magistrado, artº 37º CF, e os deveres fundamentais do Estado, por isso mesmo também do juiz⁷³.

No segundo grupo congregam-se os deveres constitucionais de *presteza e segurança* no exercício da jurisdição, frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento e com vista a serem promovidos, artº 93º, II, c e IV; residir na Comarca, artº 93º VII, fundamentar e motivar as decisões, incluindo as decisões administrativas, artº 93º, IX e X; dedicação exclusiva, artº 95º§único, I a; exercer e velar pela actividade correcional, artº 96º, I,b; prover os cargos de juiz e os necessários à administração, excepto os de confiança, artº 96º, I c e; elaborar a proposta de orçamento, artº 9§1º; iniciar o processo legislativo da lei de organização judiciária, artº 125º; designar juízes de conciliação rural.

Da Lei Orgânica da Magistratura, mas ainda de origem totalitária como anota Sidney Beneti (1997: 155-9): abstenção do exercício de outro cargo ou função, salvo o magistério universitário, público ou particular, compatível em termos de matéria e horários; abstenção do desempenho de funções administrativa ou técnicas nos estabelecimentos de ensino; abstenção do recebimento de taxas ou custas de processo; abstenção de actividade político-partidária; legalidade, efectividade, independência, serenidade e exactidão no cumprir e fazer cumprir

⁷³ Ordem pública, Artº 144.º CF, segurança social, Artº 194.º, pleno desenvolvimento educativo do cidadão, Artº 205.º; pleno exercício dos direitos culturais, Artº 215.º, fomento desportivo, Artº 217.º, protecção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, Artº 225.º, protecção de todas as formas da família, Artº 226.º, protecção e assistência jurídica, nomeadamente aos trabalhadores, aos menores e adolescentes, assistência integral e diversificada á saúde, prevenção e punição do abuso, Artº 227.º.

disposições legais e actos de ofício; respeito dos prazos, disciplina dos subordinados; urbanidade no trato e atendimento urgente; comparecimento pontual e permanência até ao fim do expediente; conduta pessoal irrepreensível; abstenção de actividade comercial; salvo como accionista ou detentor de cota; abstenção do exercício do cargo de direcção ou cargo técnico de sociedades civis, associações ou fundações, salvo associação de classe, mas sem remuneração; abstenção de manifestação de opiniões sobre o processo pendente, informação mensal da sua produção; propriedade da linguagem; não envolvimento criminal, prolação de voto adiado, com vista na primeira secção subsequente.

Acrescem os inúmeros deveres processuais do juiz, previstos nos códigos ou nas leis estatuais de organização judiciária e nos regimentos internos dos tribunais.

O nosso autor, Sidney Beneti (1997: 166/8) classifica todos os deveres do juiz brasileiro: deveres pessoais - independência e serenidade ou, por exemplo, conduta irrepreensível; administrativos -residência, não acumulação de cargos ou não exercer o comércio; Jurisdicionais gerais – motivação e publicidade dos actos; jurisdicionais processuais – respeito dos prazos, etc...

1.3. *Penas disciplinares: a perda do cargo e, no limite, a acção de improbidade*

As penas disciplinares aplicáveis aos juízes brasileiros, artº 42 LOMAN, são a advertência, a censura, a transferência compulsiva, a inactividade, a aposentação também compulsiva (com vencimento proporcional ao tempo de serviço e admissão) disponibilidade e aposentação. A advertência e censura, para os casos de mera negligência ou de procedimento incorrecto são aplicadas por escrito e em particular. Compatíveis com faltas menos graves, não implicam a saída do juiz do lugar: o interesse público implica, pois, a reserva na aplicação da pena, em ordem a ficar preservada a imagem institucional do magistrado, na independência e credibilidade que têm de lhe ser creditadas. Contudo é entendimento, não isento de críticas, que a advertência e censura não são aplicáveis aos juízes de apelo, com a justificação de serem de realização incompatível por magistrados de igual grau hierárquico. Assim, esta isenção proporciona-lhes estarem imunes, por pequenas faltas disciplinares, sobretudo ao efeito de não poderem, se sancionados, ser promovidos por mérito.

A transferência, a inactividade e aposentação compulsiva exigem um quórum de dois terços do respectivo tribunal e a demissão sentença transitada em julgado. Na sentença penal, como efeito da condenação, quando for aplicada pena de prisão por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes funcionais típicos ou por tempo superior a quatro anos nos crimes comuns. Cabe, para além dos casos criminais, acção cível para perda do cargo (Aguiar Júnior, 1998:

38; Araújo, Nunes, 2001: 307): é entendimento generalizado ser inconstitucional a solução de *jurisdicionarizar* um procedimento administrativo com esta finalidade, com a participação do Ministério Público, *na medida em que iniciado por determinação do próprio tribunal, por ele processado e julgado, ... não se compadece com o princípio da inércia da jurisdição* (Godoy, 2003: 91). Trata-se da acção cível de procedimento ordinário, instaurada a pedido do tribunal de justiça a que o juiz estiver vinculado pela procuradoria respectiva, em primeira instância de jurisdição, com o específico pedido de ser decretada a perda do cargo, nos casos de conduta de grave infracção aos deveres judiciais. E diz-nos a doutrina brasileira que o julgamento da causa deve levar em conta estritamente se a falta cometida é compatível com o exercício e se o agente *se ajusta à qualificação ética que se espera do magistrado: não se deve raciocinar tal como se estivesse julgando feito criminal* (Godoy, 2003: 91).

Sujeita-se ainda o juiz à perda do cargo por sentença proferida em acção de improbidade administrativa: cobre a censura das condutas tipificadas na lei 8.429/2⁷⁴, a qual, no artº 2º, convoca à responsabilidade qualquer agente público, sem excluir os juízes, como possível autor da conduta improba (Costa, 2000: 21). A competência inicia-se também nos tribunais de primeira instância, não obstante a crítica que refere *não ter sentido* um juiz de primeiro grau decretar a perda do cargo de um ministro do Supremo Tribunal Federal, questão que também se põe na acção comum de perda do cargo. E tem a especialidade de a prévia autorização do tribunal a que pertence o magistrado visado se constituir em condição de procedibilidade⁷⁵

1.4. Procedimento disciplinar e regimentos internos dos tribunais

O procedimento disciplinar pelas faltas funcionais praticadas pelos juízes do Brasil, excepto no que diz respeito à aplicação da pena de demissão é estabelecido pelos regimentos internos dos tribunais a que o magistrado pertence, desde que caiba a pena de advertência e censura. No caso da transferência, disponibilidade e aposentação compulsiva o procedimento tem

⁷⁴ **Art 9** - constitui acto de improbidade administrativa importado o enriquecimento ilícito ao ferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou actividade nas entidades mencionadas no artº 1º desta lei [artº 1º- ... administração directa, indirecta ou fundacional de qualquer dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal, do Municípios, de Território...]; **Art. 10** – Constitui acto de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer acção ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento ou delapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art1º desta lei...; **Art. 11** – Constitui acto de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer acção ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: I...; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, acto de ofício; III – revelar facto ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV – negar publicidade aos actos oficiais.

⁷⁵ Lide STJ, RECL, 742-PI, Corte Especial, DJU 15.06.2000: *no caso específico dos juízes* [tratava-se de feito de improbidade]... a Lei Complementar 35/1979, em seu artº 27, condiciona procedimento para decretação da perda do cargo à autorização do Pleno do Tribunal a que pertence o magistrado – afigura-se, portanto, que o legislador, na protecção da garantia de vitaliciedade, condicionou o exercício da acção à autorização do órgão judiciário a que se encontra vinculado o juiz – essa a segurança: impõe o legislador, ao autor da acção, condição de procedibilidade.

início por ordem do tribunal ou do órgão de especial disciplina que lhe é próprio, depois de garantida a defesa prévia ao magistrado ciente da acusação e depende de uma deliberação liminar de procedimento ou não em que intervém o MP e o visado para alegarem. A suspensão preventiva é possível e a jurisprudência toma-a como discricionária, dependendo, por exemplo, de *quórum* de metade e mais um dos juízes no caso do regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, mas sempre motivada pela conveniência da instrução ou do serviço. São admissíveis sindicâncias como instrumentos de investigação e sem rigor formal imposto: dispensam o contraditório, não há direito de defesa e não é necessária a publicidade de qualquer acto, que traria como consequência, muitas vezes, a ineficácia (Godoy, 2003: 98).

A actividade disciplinar exercida pelos tribunais brasileiros ocorre em sessão reservada e é apenas dado à publicação o dispositivo decisório, prevenindo uma imposição do interesse público no prestígio da justiça, muito menos que privilégio injustificado: *a apuração administrativa contra magistrado, em nome do interesse público, faz-se em sigilo, visando manter incólume a dignidade da justiça, aqui, não está em jogo a pessoa do juiz, mas a própria instituição, o Judiciário, em última análise, que há-de ser preservado*⁷⁶. Mas se a *porta fechada* não se aplica, naturalmente, ao arguido e ao defensor, entende a doutrina brasileira que sim, se aplica ao queixoso ou a quem tenha levado o tribunal a instaurar o procedimento: *o denunciante, por conta da sua denúncia, não se vincula ao ... interesse da administração, a que serve como colaborador, por isso inclusive não se lhe reconhecendo qualquer interesse recursal* (Godoy, 2003:100; Meirelles, 1989: 572).

A aposentação ou a demissão a pedido, prévia ao julgamento disciplinar, não o evita: *existe interesse da administração em instaurar processo administrativo para aplicar no servidor [juiz] exonerado pena de demissão, inclusive a bem do serviço público, cassando o seu acto de exoneração, se ficar definido que o pedido visava a afastar a aplicação da citada pena... nada diverso, de resto, do que se daria com o aposentado*⁷⁷.

O ponto de vista disciplinar sobre as faltas dos juízes é da doutrina brasileira com base na exigência de uma independência criadora a socialmente responsável que exercem, perante uma crescente técnica legislativa recheada de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, necessários à mobilidade do sistema jurídico. A generalidade dos conceitos que têm de ser integrados pelo juiz garante a automática actualização do sistema contra o fechamento e a casuística e a técnica de uma linguagem intencionalmente aberta, plástica, vaga, *com ampla*

⁷⁶ TJ-SP, MS 18 043-0, Plenário, Rel. Des. Dirceu de Mello, J. 12.05.1993, *RJTJESP* 148/241.

⁷⁷ STJ, *ROMS* 1.505-0-SP, 2ª Turma, Rel. Min. António de Pádua Ribeiro, j. 08.1993. *RSTJ* 55/343.

extensão semântica confere-lhe um verdadeiro mandato para que, à vista do caso concreto, crie ou desenvolva normas jurídicas (Martins Costa, 1998: 24-48). Evidente, então, a maior exigência da actividade judicial, *mister integrativo* que, para alcançar resultados socialmente adequados, depende de uma magistratura profissional e eticamente consciente do seu papel instituinte, empenhada na concretização das metas e princípios constitucionais: *para isso, no âmbito interno do Judiciário, de fundamental importância, além dos órgãos de selecção e aperfeiçoamento dos juízes, os órgãos de controlo, de desempenho de mister censório disciplinar* (Godoy, 2003: 103).

Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira atribui aos tribunais genericamente funções típicas administrativas que constituem o auto governo do poder judicial: entre estas, *situa-se a função corregedora, reconhecida desde o Brasil Imperial, cuja razão precípua... é a de zelar pela correcta actuação dos órgãos judiciários e de resguardar o prestígio da justiça* (Pádua Ribeiro, 1991: 335ss.): assenta de forma preponderante em normas regimentais e actos normativos da competência dos próprios tribunais, nomeadamente provimentos e resoluções, expedidos no exercício da auto-administração que lhe é conferida. É própria de um órgão específico, a Corregedoria Geral que integra, ao lado das funções fiscalizadoras, funções disciplinares, normativas e de administração em sentido estrito, interligadas ou associadas (Souza, 2003: 115).

Os meios típicos para o exercício desta actividade de fiscalização são as correições gerais, ordinárias ou extraordinárias, as inspecções e as correições parciais, com objectivo de verificar a regularidade da prestação jurisdicional e do funcionamento dos serviços afectos aos tribunais de instância. Embora, orientada de princípio por propósitos preventivos, almeja a correcção de actos ou procedimentos desconformes e suscita, no limite, a função disciplinar. Remédio normativo, mas também, em concreto de erros e abusos, *na inversão tumultuária da ordem do processo* (Vale, 2003:232), quando para o caso não haja recurso: correição parcial. Esta, com este nome ou como *reclamação* vem de 1892, muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 1939 que aboliu o agravo interlocutório por dano irreparável. Ensina Ribeiro Dantas (2001,822): *parece muito mais próximo da verdade dizer que a reclamação correicional surgiu do instituto das correições do direito português, oriunda do poder de império do monarca, e existente, igualmente, desde Roma...; esta medida, evidentemente adaptada às evoluções da estrutura estatal... com a divisão entre os poderes do estado, com o constitucionalismo... passou a ser instrumento do governo interno da magistratura, de maneira que, adoptado entre nós, como sempre o foi, o instituto da correição, isto é, da*

correição geral, estava adoptada também a correição parcial, como medida tendente a provocar uma correição em autos específicos.

A polémica doutrinal acerca deste procedimento é viva, considerando-a alguns autores *atentatória aos principias processuais, inclusive àquele do Estado de Direito que proíbe que seja avocada a jurisdição pela hierarquia superior, salvo em recurso previsto expressamente* (Carrion, 1998: 752). Todavia, reconhecem-lhe também alcance disciplinar apropriado: *não há mais justificativa de nenhuma natureza, capaz de dar suporte à utilização, como recurso, da reclamação correicional, ou correição parcial, que precisa, de uma vez por todas, ser reduzidas às suas dimensões aceitáveis: medida administrativa de carácter disciplinar, à qual não se pode permitir o condão de conduzir, caçar ou alterar decisões jurisdicionais no seio do processo* (Ribeiro Dantas, 2001: 836). Cabe: (i) contra actos do juiz irrecorríveis; (ii) não é meio preventivo de erros futuros, mas correctivo de erros verificados; (iii) atinge os *erros in procedendo* e não abrange o *error in iudicando* (Costa, 1980: 254-5). Entretanto, as normas procedimentais específicas da correição parcial estão fixadas nos regimentos internos dos tribunais e o contraditório instaura-se entre o requerente da medida e o juiz que tiver praticado o acto tido por tumultuário, não sendo obrigatória a intervenção do outro litigante que, porém, tem direito de *agravo regimental* como terceiro prejudicado, desde que demonstre o nexo entre o interesse a fazer valer e o resultado corrigido (Vale, 2003: 244).

1.5. Responsabilidade judicial: uma controvérsia e a jurisprudência

No campo juscultural brasileiro⁷⁸ muito se discute a responsabilidade civil do Estado por práticas jurisdicionais que acarretem danos.

No direito brasileiro, a partir da Constituição de 1946, consagraram-se a teoria da responsabilidade objectiva do Estado e a da responsabilidade subjectiva do funcionário. Enquanto para responsabilidade deste é exigida culpa ou dolo, bases do direito de regresso, a responsabilidade do ente estatal é objectiva, fundada no risco do desenvolvimento da actividade do Estado. Este sistema normativo passou à constituição vigente no artº 37º parágrafo 6.º.

Contudo no que se refere à responsabilidade do Estado pela prática de actos jurisdicionais, alguns autores refutam-na. Alegam: (i) o poder judiciário é soberano; (ii) os juízes têm que agir com independência no exercício das suas funções sem temor de desencadear a

⁷⁸ É devido que agradeça ao senhor Prof. doutor Paulo José da Costa Jr que através do advogado senhor dr. Mariano Arantes Filho, colaborador do escritório de S.Paulo, disponibilizou os dados jurisprudenciais em parte utilizados no estudo e escrita desta abordagem brasileira do tema.

responsabilidade do Estado; (iii) por outro lado, o magistrado não é um funcionário público; (iv) a indemnização decorrente da decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade do caso julgado, porque ia implicar o reconhecimento de que a sentença foi proferida com violação da lei (Di Pietro, 2005: 571)

O primeiro argumento é refutável: também os demais poderes estatais são soberanos; a soberania não é causa excludente da responsabilidade do Estado. Por igual, será inaceitável a pretensão exclusão da responsabilidade por via da independência: também é atributo cada um dos poderes estatais.

Entretanto, por mais que se não considere o magistrado um funcionário público, certamente é um agente do Estado e o poder constituinte ao dispor a responsabilidade do Estado desdobrou-a justamente nos actos praticados pelos agentes do Estado, com a finalidade de abranger todas as categorias dos servidores públicos.

Por fim, a circunstância do Estado ser responsabilizado por dano decorrente de um acto jurisdicional não implica mudança da sentença: o caso julgado não é afectado, é eficaz em relação a ambas as partes do processo que lhes estão vinculados.

A doutrina brasileira distingue, ainda assim, da responsabilidade judicial a responsabilidade administrativa pelos actos praticados pelo juiz que não sejam do exercício da função jurisdicional: é mais aceite esta responsabilidade por acto administrativo.

De qualquer modo não há um entendimento firmado jurisprudencial, com poucas sentenças. Recentemente o Supremo Tribunal Federal tirou um acórdão onde afirmou que a responsabilidade objectiva do Estado se não aplica aos actos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados na lei⁷⁹. Mas o Superior Tribunal de Justiça admitiu a dada altura a competência jurisdicional originária para o processamento e julgamento da acção civil de responsabilidade por acto de improbidade administrativa fundada na lei 8 429/92, mesmo após as alterações introduzidas pela lei 10 628, de 24.12.2002⁸⁰. E, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou não ser de resolver uma controvérsia à luz da responsabilidade do Estado por actos jurisdicionais quando a questão deva ser apreciada e resolvida à luz da responsabilidade do Estado por actos de administração: num caso de apreensão ilegal pela polícia, declarada pelo tribunal de recurso penal, decidiu haver

⁷⁹ RE-Agr. 29518/Sc. Santa Catarina. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Carlos Veloso. Julgamento: 04.10.05, 2ª Turma: Sumário: I – a responsabilidade objectiva do Estado não se aplica aos actos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei (Precedentes do Supremo Tribunal Federal); II – O decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário (CF, Artº 5.º, LXXV), mesmo que o Réu, no final da acção penal, venha a ser absolvido.

⁸⁰ Precedentes do Tribunal: AgRg na PET 2593, Rel: Min. Pádua Ribeiro, DJ de 11.04.2005; Hc 35 853, Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima, 06.12.2004.

responsabilidade do estado por acto danoso da administração – *neste caso, não há qualquer dúvida que o Estado responde objectivamente por actos praticados por seus agentes públicos (artº 37º § 6, CF)*⁸¹.

Todavia no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e num acórdão de 04.10.19, decidiu a secção por unanimidade ser *directa a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional que tenham causa no acto juiz que age com dolo, fraude ou culpa grave (negligência manifesta ou incapacidade para a função), ou no erro judiciário e nos demais casos de mau funcionamento dos serviços da justiça, incluindo a falta anónima, sentença onde citou em abono Carlos Velloso (1994: 473)*⁸².

Entretanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem julgado frequentemente improcedentes as acções de responsabilidade por prisão preventiva descontinuada de condenação penal, a não ser que haja culpa manifesta *na expedição do acto judicial, de maneira ilegítima e lesiva*⁸³.

2. Uruguai

2.1. Responsabilidade administrativa e a responsabilidade jurisdicional, um igual fundamento

No contexto juscultural do **Uruguai**⁸⁴, os autores entendem, independentemente das soluções de direito positivo, que a responsabilidade patrimonial das entidades públicas pelos danos causados a terceiros é uma só e deve reger-se, por conseguinte, pelos mesmos princípios, qualquer que seja a função através da qual se manifeste a actividade do Estado que a gera. Deste modo o exercício da função jurisdicional afectará o património público nas mesmas condições e em igual medida que o exercício do Estado Administração. Isto mesmo está consagrado no artº 24º da Constituição Uruguiaia: tanto a responsabilidade administrativa como a responsabilidade jurisdicional têm por base um igual fundamento e exigem para se configurarem os mesmos elementos. Trata-se então, segundo o inciso de uma responsabilidade objectiva que supõe a existência de uma actividade estatal, a produção de um dano injusto a um terceiro e uma relação de causalidade directa entre uma e outro. Contudo, em face dos elementos estruturais do ordenamento há que prevenir uma distinção

⁸¹ AC – APELAÇÃO CIVEL – 272206, Pn 95030710405 UF, 2ª turma, 10.11.2005 [doc: TRF 300054990, DJU DATA: 25/04/2001, p. 692 (Rel: Juiz Ferreira da Rocha)].

⁸² AC – APELAÇÃO CIVEL – Pn 200072020031616 UF; 3ª turma, 19.10.2004 [doc: TRF 400101849, DJU DATA: 15/12/2004, p. 578 (Rel: Juiz Luiz Lugon)].

⁸³ Verba indevida (TJSP) RT 784/220; Id. (TJSP) RT 800/244.

⁸⁴ Todos os agradecimentos vão aqui para a Prof. Doutora Martha Abella sem o contributo de quem não teria sido possível esta referência uruguiaia, disponibilizando a correspondencia breve mas valiosa na qual se baseou o estudo e a escrita.

conceptual entre a função administrativa e a função jurisdicional, que é particularmente difícil. Ambas se destinam à particularização das normas jurídicas e a distinção torna-se cada vez mais plástica quando frequentemente a administração procede numa via quase jurisdicional, dando solução a conflitos de interesses e actuando sob o contraditório. Contudo o que pode diferenciar verdadeiramente jurisdição de administração é justamente o processo e o efeito de caso julgado. O processo está intimamente ligado à ideia de jurisdição, é o veículo e a via do agir da função jurisdicional (Rocco, 1969: 113). E o caso julgado é a pedra de toque do acto jurisdicional - *onde há caso julgado há jurisdição, onde não há caso julgado não existe função jurisdicional* (Couture, 1973: 43). A administração não é exercida senão através de um procedimento e as decisões administrativas não adquirem a autoridade final.

Ora, a doutrina tradicional uruguaia estribada em Duguit (1938: 538 ss), Marienhoff (1974: 762 ss) e Waline (1956: 515 ss) afirmava a irresponsabilidade pela actividade jurisdicional com base na presunção de verdade que emerge do caso julgado: sendo a sentença uma declaração de certeza do direito aplicável e da situação relativa das partes no âmbito e alcance do feito submetido a decisão judicial, logo que passe à autoridade de caso julgado não pode gerar responsabilidade do Estado, pois, por expresso mandato legal, tem de presumir-se que o tribunal actuou em conformidade com o direito.

O legislador organizou contra as sentenças injustas o sistema de recursos: esgotados ou rescindidos, a decisão impõe-se a todos. Acaso fosse possível pedir uma indemnização sobre o pretexto de mau julgamento, de condenação errónea, tanto importaria um questionar do encerramento da causa, socialmente insuportável. Enfim, a autoridade do caso julgado e irresponsabilidade jurisdicional do Estado, noções de par, justificaram a posição restritiva levada aos poucos litígios submetidos à jurisdição uruguaia ⁸⁵.

E na verdade, o artº 1601º do Código Civil estabelece que o caso julgado constitui uma presunção legal absoluta, isto é, imposta pela lei e *jure et de jure*. Quando condenatório não deve dar lugar a indemnização, mas quando absolutório define o campo de ilicitude do acto judicial que em contrário atingiu os interesses legítimos do R. Este caminho levou a doutrina tradicional a reconhecer no erro judiciário, posto por exemplo a claro pelo recurso da revisão, a única deriva admissível contra o princípio da irresponsabilidade do Estado pela actividade jurisdicional. Por um lado, a autoridade do caso julgado não é posta em causa, porque foi dissolvida na revisão; por outro, identifica-se aqui um falha do serviço de justiça e no limite

⁸⁵ R.D.P.P.,t. XXXI, p. 340; L.J.U., c. 9533.

uma infracção ou uma denegação do direito, que levou ao demérito de uma posição legítima e legal.

Mas o direito uruguaio adoptou nesta matéria uma posição mais favorável para o lesado, admitindo o recurso de revisão em matéria penal com grande amplitude e não se limitando ao caso de erro judiciário; reconhece depois a emergência da responsabilidade do Estado em casos completamente alheios à ideia de falha ou mau funcionamento do serviço de justiça ou se quer de infracção ou de negação do direito.

Assim, o recurso de revisão, segundo o artº 283º do *Código del Proceso Penal* pode ser interposto a todo tempo em benefício do condenado e, no limite, acaso possa aplicar-se-lhe retroactivamente uma lei penal mais benigna. Estamos pois, neste particular, já perante circunstâncias em que houve uma correcta aplicação do direito, que não são portanto de erro judiciário, embora estas também estejam nomeadas no inciso. Logo depois, o artº 290º da mesma lei estabelece um critério de responsabilidade objectiva que resulta da redacção da norma, esta onde se não faz distinção alguma, para efeitos de responsabilidade, entre a causa de erro judiciário e a causa de modificação da lei. Por conseguinte, a responsabilidade patrimonial do Estado surge aqui, também, sem que possa falar-se de falta, de culpa, mau funcionamento da justiça ou ilicitude.

Em terceiro lugar, a lei Uruguaia refere-se à indemnização dos danos decorrentes da sentença condenatória mas, no entender dos autores, uma interpretação correctiva identificá-los-á principalmente no facto de o arguido ter sido sujeito a um processo penal com todas as consequências lesivas que isso implica: os prejuízos derivados exclusivamente da sentença podem ser, na maioria dos casos, escassos ou até nem existir como nos casos de suspensão da pena.

As sentenças absolutórias, contrariamente ao que ocorre em matéria de revisão penal, não têm disposição legal de cobertura indemnizatória a respeito da responsabilidade do Estado pelos danos causados ao arguido. Também a doutrina refere que esta circunstância não impede uma efectividade da responsabilização, perante a norma geral e o artº 24º da Constituição.

Por fim, no campo doutrinário, no Uruguai, os autores que defendem a posição tradicional da irresponsabilidade do Estado por actos judiciais distinguem entre as tomadas de posição dos tribunais de natureza jurisdicional e todas as outras que do ponto de vista material são actos administrativos. Não se trata, ainda assim, da actividade administrativa propriamente dita que compete aos órgãos judiciais, mas dos actos materialmente administrativos compreendidos na competência jurisdicional, isto é, muitos dos que ocorrem na ordem do processo judicial.

Desde que causassem prejuízos e infringissem a lei, seriam indemnizáveis, nos termos gerais da responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de acto ilícito praticado na actividade administrativa. Desta forma, ficariam minoradas as consequências do radicalismo anti indemnizatório, circunscrevendo-se a indemnidade às sentenças e despachos revestidos da autoridade de caso julgado.

Contudo, os adversários opõem-lhe o argumento de que não é possível considerar um certo acto e separa-lo do processo no âmbito do qual foi praticado, para vir a concluir-se que materialmente é apenas um acto administrativo: todo o acto cumprido num processo judicial tem necessariamente a natureza de acto da jurisdição. Concluem: quando num tribunal criminal o juiz dispõe sobre medidas de apreensão dos bens do arguido, ou um tribunal cível decide ou levanta um embargo, não pode dizer-se estarmos perante actos administrativos: são levados a cabo durante o processo e este é *o veículo e a via de exercício da função jurisdicional*. (Deus, 1987-21).

2.2. Responsabilidade judicial por prisão indevida: a jurisprudência

A jurisprudência Uruguaia apresenta-nos alguns exemplos de julgamento do Estado em acções de responsabilidade extracontratual, principalmente com fundamento em prisão indevida:

(i)⁸⁶... *o Estado deve responder pelo defeituoso funcionamento (ou pelo mau funcionamento) do serviço (aqui – Administração da justiça) nos casos de clara ilicitude, dolo, culpa grave, erro inescusado ou demora injustificada, quando a responsabilidade não é de natureza objectiva. Com efeito, nem todas as sentenças (interlocutórias ou definitivas) da 1ª Instância, revogadas, são susceptíveis de gerar um dano indemnizável*⁸⁷ - neste caso, *o procedimento estava razoavelmente justificado por elementos de convicção suficientes de prova semi-plena... o devido processo penal foi cumprido e se, no entanto, o magistrado de 1ª instância ditou a sentença condenatória, não pode sustentar-se que o erro de julgamento (sanado no recurso) possa configurar qualquer ilicitude apta a gerar um ressarcimento - ... o serviço de administração de justiça funcionou de forma correcta, corrigindo o seu próprio erro*⁸⁸

(ii):... *considerando que no momento da constituição de arguido e prisão de X, nos autos só existia uma consulta clínica primária que o dava sem alterações de consciência e de pensamento, junto com uma informação da socióloga que o definia como pessoa consciente e*

⁸⁶ Caso F.B.L. al. vs Suprema Corte de Justicia, Ac. de 01.11.28 (Sassón-Soza-Chediak-r), Tac 2º (8/01): absolvição parcial.

⁸⁷ Cit. Sentença de Tac. 2º (75/79)

⁸⁸ Cit. Sentença da sala n.º 75, 99.06.30, ADCU t. XXX, pp 376-377 (caso 988)

responsável pelos seus actos, acrescentando o cargo que o visado acertadamente desempenhava no Parlamento e a empresa de electrificação rural a seu cargo, sem dúvida que taxar de erro inescusado a constituição de arguido e prisão resulta, isso sim, em erro, porque se existisse uma inimputabilidade evidente não permitiria naturalmente tão qualificado desempenho: se não era evidente a inimputabilidade, não há erro inescusado ao ter sido considerado imputável⁸⁹.

(iii)⁹⁰: ... terá também de ser tido em conta se o alegado erro judicial foi ou não considerado no processo em que supostamente ocorreu, pelas vias processuais existentes para o efeito, porque não deve ser esquecido que é o próprio ordenamento que o admite e tolera, de outro modo não iria regulamentar a série dos recursos ordinários e os recursos extraordinários para tratar precisamente de o excluir; tão pouco caberiam o Estatuto dos Magistrados Judiciais ou a regulamentação jurisdicional da maneira que a Constituição e a lei ordinária fazem, para, pelo contrário, ser o Estado submetido, antes de mais, e o agente a responsabilidade em qualquer caso.

Parte da jurisprudência uruguaia, por outro lado, na sequência da teorização argentina de Parellada (1990: 149/50), defende a necessidade de contornar ou remover a autoridade de caso julgado como pressuposto legítimo do pedido de reparação do erro judiciário. Com efeito, nos casos de dano proveniente de uma decisão interlocutória, quem for prejudicado dispõe, porventura, de uma via processual de correcção do erro: lançará mão do remédio com a finalidade de evitar que o prejuízo se concretize. Se o não fizer, logo nos surge eximiente o contributo da culpa da vítima. Depois, a autoridade do caso julgado material impede, enquanto se mantenha, um veredicto de erro judiciário: subverteria, se não fosse assim, a ordem social e a segurança jurídica, frustrando a finalidade do instituto. Ao mesmo tempo o juízo de perdas e danos, nestas circunstâncias, constituir-se-ia no fecho de um recurso contra a sentença, nem previsto, nem admitido por lei. Corolário: a sentença que não produz efeitos não concretiza um erro judiciário e sem ele não há responsabilidade do Estado; a sentença transitada elide-o no que à sua própria autoridade diz respeito. Por conseguinte, a autoridade do caso julgado intermédio (de decisão não recorrível) ou final (depois do último dos recursos com efeito suspensivo) terá de ser, por algum maquinismo jurídico, posto entre parêntesis: revogação devolutiva ou revisão.

⁸⁹ Ac. T.A.C. 5º T n.º 11201, 01.05.29 (Bayce - r-Rochón, Van Rompaey) - LJU SUMA 124015, t. 124 (2001): outra sentença de absolvição.

⁹⁰ Ac. T.A.C. 5º T n.º 146/01, 01.08.02 (Bayce - r - Rochón, Van Rompaey) - LJU CASO 1424, t 125 (2002): outra ainda.

Um dos casos bastante interessantes neste domínio foi o da absolvição do Estado frente a um pedido de indemnização por erro de ofício de um juiz de paz, que admitiu uma reconvenção quando a lei de processo não lho permitia, mas sem que o autor tenha arguido a nulidade, sanada. Retira-se do sumário do Acórdão⁹¹: *dispondo o recorrente de meios processuais de tutela, não se dá a relação de causalidade adequada enquanto se não utilizaram os meios úteis para reverter a situação (ou omissão); em consequência, o prejuízo que o autor alega ter sofrido deveu-se apenas á sua própria imperícia profissional, quando não se socorreu desse mesmo sistema de controlos e impugnações previsto no ordenamento e que haveria de ter permitido relevar o erro judicial imputado.*

E num paradigmático juízo de condenação do Estado/poder judicial, o Acórdão considerou: *o ordenamento jurídico prevê e tolera o erro judicial, regulamentando todo um sistema de controlos, impugnações e recursos para o prevenir e corrigir de tal modo que não é todo o erro que gere responsabilidade, senão unicamente aquele que não foi reparado (apesar de ter sido declarada a existência, ou seja, a ilicitude dele mesmo) e que pelas suas características não teria sido cometido por um juiz de preparação técnica, cultura, experiência, prudência e inteligência médias.*

No caso concreto o erro causa de pedir tinha sido declarado por sentença transitada que anulou a arrematação antecipada de certas mercadorias da Autora, por ter sido levada a cabo infringindo artigo de lei: deveria ter sido suspensa por terem sido interpostos embargos de terceiros, mais tarde concedidos.

3. Argentina

3.1. A posição doutrinária e de reforma legislativa de Jorge Luís Maiorano.

Na **Argentina**, Jorge Luís Maiorano⁹² escreveu sobre o tema de modo original aproximando a responsabilidade do Estado por erros judiciais à protecção dos direitos humanos. E quando este ilustre Professor de Direito assumiu o cargo de *Defensor del Pueblo de la Nación Argentina*, umas das causas por que mais intensamente se bateu foi a da responsabilização dos juízes por atrasos persistentes na resolução de certos litígios entre os particulares e o Estado em matéria de aposentação. Maiorano (1984) concluiu *que a cruel desesperança* quanto à resolução do problema legislativo do ordenamento de responsabilidade judicial Argentino

⁹¹ Ac. T.A.C. 3º T, Pn.114/04, 04.05.21, (Klett-r-,Chalar, Minvielle) LJU CASO 15219, t.133 (2006).

⁹² Agradeço ao Prof. doutor José Luís Maiorano ter-me facultado os artigos da sua autoria sobre o tema e sobretudo a lição da longa *prática* sobre o assunto que tivemos em Macau.

tinha de passar à memória, perante a oportunidade que se abria, então, ao Congresso de *dar à Nação uma lei humanitária em defesa do indivíduo*, na sequência da aprovação parlamentar do pacto de S. José da Costa Rica/Convenção Americana sobre direitos humanos. Ao citar os artº 1º e 10º do Instrumento Internacional Americano retirava daí o dever de os Estados partes legislarem no sentido da garantia do ressarcimento dos prejuízos causados pelos danos que as sentenças de erro judicial transitadas determinam aos cidadãos: *a protecção dos direitos humanos e o acatamento do tratado aprovado pela lei exigem a sanção de uma legislação sobre esta matéria*. Louvou-se por fim na opinião de orador argentino que, pela sua expressividade bem acompanha o intento e os argumentos de autor: *...esta Convenção...enuncia direitos que estão nos corações dos homens ainda antes de estarem na letra da lei; mas precisam de reafirmação nas leis, para conseguirem êxito na luta por serem cumpridos e observados em toda a face da terra e em especial na nossa América, sofrida e dolorida América onde...em justiça mostra apesar de tudo uma presença quotidiana*.

Apresentava o projecto Menen-Sanchez. Caracterizava-o, no entanto, instituir um regime especial autónomo de indemnização, mas situado no âmbito de competência da jurisdição administrativa, que contemplava apenas o erro judiciário penal, regime de protecção aos condenados a pena privativa de liberdade e beneficiários de recurso de revisão.

Ampla o critério decisório do ressarcimento: (i) quanto aos titulares - condenado ou seus representantes legais ou herdeiros legitimários; (ii) quanto ao conteúdo – dano material e moral; (iii) – alcance – justa e integral; (iv) quanto à protecção – montante impenhorável e isento de qualquer ónus. Fixava em dois anos o prazo de caducidade do pedido, contado da notificação da sentença de reconhecimento do erro judicial.

BIBLIOGRAFIA

- Aguiar Junior**, Ruy R. (1998) Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas, *Revista dos Tribunais*, v. 751 (Maio), www.rt.com.br.
- Almagro Nozete** (1983) El Sistema Español de Responsabilidad Judicial, *El Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- Almeida**, F. H. Mendes (1957) *Ordenações Filipinas*, S. Paulo.
- Alt, Eric** (2008) A Qualidade da Decisão Judicial, *Julgar* 05, Coimbra, ASJP/Coimbra Editora
- Amaral**, M. Lúcia (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Araújo**, Luis A. David; Nunes Jr. Vidal Serrano (2001) *Curso de Direito Constitucional*, S. Paulo.
- Ardant**, P. (1956) La Responsabilité de l'État du Fait de la Fonction Juridictionnelle, Paris, LGDJ-BDP
- Bandeira de Mello**, Celso Antônio (2000) *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo.
- Belley**, J. G. (1996) Le Contrat comme Vecteur du Pluralisme Juridique, in Gérard , Ph., Ost, F., Van der Kerchove, M. (dir.s) *Droit Negotié Droit Imposé*, Pub. Faculté Uni. Saint-Louis, Bruxelas.
- Brown**, J. (1929) Law and Evolution, *Yale Law Journal*, www.yalelawjournal.org
- Caetano**, M. (1999) *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra.
- Campos Costa**, A. (1948) Protesto, *Justiça Portuguesa*, Ano 150 n.º 1573, Lisboa.
- Canotilho**, J. Gomes e Moreira, Vital (1984) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., Coimbra.
- Canotilho**, J. Gomes (1974) *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra.
- Canotilho**, J. Gomes (1991) *Direito Constitucional*, Coimbra.
- Cappelletti**, Mauro (1989) *Juízes Irresponsáveis? tp. C. A. Alvaro de Oliveira*, Porto Alegre.
- Cappelletti**, Mauro (1991) *The Judicial Process In Comparativ Perspectiv*, Oxford, Clarendon Press.
- Caraccioli**, I. (1975) *Il Tentativo nei Delitti Omissivi*, Milão.
- Carbonnier**, J. (1969) *Flexible Droit*, [id, 1992, 7ª ed, subtítulo: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur] LGDJ, Paris.
- Carrion**, Valentin (1998) *Comentários à CLT*, S. Paulo, editor.
- Carvalho A.** (2007) *The object-oriented composition of DES simulation software from prefabricated components developed within different programming environments*. PhD thesis, Lancaster University, Lancaster.
- Carvalho Santos**, J.M. (1947) *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro.
- Castanheira**, Neves (1993) *A. Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra.
- Commaret**, Dominique (1999) *La Responsabilité des Juges*, [ENM] Paris
- Costa Jr**, Paulo José da (2005) *Curso de Direito Penal*, S. Paulo.
- Costa**, Alberto (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Costa, José A.** (2000) *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*, Brasília.
- Costa**, Orlando Teixeira (1980) *Estudos de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho*, S. Paulo.
- Couture**, E. J. (1973) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, [Depalma] Buenos Aires.
- Cretella Junior**, José (1988) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro.

- Cunha Rodrigues, N.** (1978) *Comunicações do 2º. Encontro Internacional de Magistrados: O Estatuto dos Magistrados e as Perspectivas Futuras do Direito*, Coimbra, Coimbra, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.
- Deleuze, G.; Guattari, F.** (1980) *Mille plateaux. Capitalisme et Schizophrénie*, Paris.
- Dergint, Augusto do Amaral** (1994) Responsabilidade do Estado por Actos Judiciais, *Revista dos Tribunais*, v. 710 (Dezembro) www.rt.com.br.
- Deus, Sergio** (1987). Responsabilidad civil del Estado: art. 24 de la Constitución: *La Justicia Uruguaya*, v. 94.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella** (2005) *Direito Administrativo*, 18ª ed., São Paulo.
- Dias, J. Figueiredo** (1995) Nótulas sobre Temas de Direito Judiciário (penal), *RLJ* 3849/3851 [Abril e Maio, Coimbra Editora], Coimbra.
- Dias, Nélia Daniel** (2004) *A responsabilidade civil do juiz*. Lisboa: Dislivro
- Duguit, L.** (1938) *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III, Paris.
- Dworkin, Ronald** (1977) *Taking Rights Seriously*, Cambridge, [Mass., Harvard University Press] Cambridge.
- Dworkin, Ronald** (1985) *A Matter of Principle*, Cambridge, [Mass., Harvard University Press] Cambridge.
- Dworkin, Ronald** (1985) La chaîne du droit, *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie et de Sociologie Juridique*, Paris, nº1, pp 71/79, www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-ds.htm.
- Dworkin, Ronald** (1986) *Law's Empire*, Cambridge [Mass., London, The Belknap Press of Harvard University], Cambridge.
- Fazzio Junior, W.** (2005) *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, S. Paulo Atlas.
- Fonseca, Guilherme da** (2008), Responsabilidade por Erro Judiciário, in *Julgar* nº5 Maio/Agosto, ASJP/Coimbra Editora, Coimbra.
- Foucault, M.** (1969) *Archéologie du Savoir*, Paris.
- Freitas, Vladimir Passos de** (2003) História da Justiça no Brasil. Corregedoria. Aspectos Históricos. Controle Disciplinar da Magistratura. Reforma Constitucional e Conselho Nacional da Magistratura, *Corregedorias do Poder Judicial*, [Editora Revista dos Tribunais]. S. Paulo.
- Galvão Teles, Miguel** (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Garcia, Maria da Glória** (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Gergen, Kenneth** (1991) *The Saturated Self: Dilemmas of Identity in Contemporary Life*, [Basic Books] Nova Iorque.
- Godoy, Claudio L. Bueno** (2003) Responsabilidade Disciplinar dos Juízes. Controlo Interno da Magistratura, *Corregedorias do Poder Judicial*, [Editora Revista dos Tribunais] S. Paulo.
- Gomes, Orlando** (1989) Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, [RFDL] Lisboa.
- Gonzalez Montes** (1983) Notas en Torno al Derecho a la Tutela Jurisdiccional Reconocido en la CE, *El Poder Judicial*, [Instituto de Estudios Fiscales] Madrid.
- Gonzalez Peres J.** (1983) La Jurisdicción: Unidad Jurisdiccional y Conflictos Constitucionales, *El Poder Judicial*, [Instituto de Estudios Fiscales] Madrid.
- Gonzalez Perez, J.** (1984) *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid.
- Guedes, F. Corrêa** (1999) *Economia e Complexidade*, Almedina Coimbra.
- Gurvitch, G.** (1931) *L'idée du Droit Social*, thèse principale, Sirey, Paris.
- Hespanha, António** (1994) *As Vésperas do Leviatan*, Coimbra.
- Hofstadter, D.** (1985) *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris.

- Holmes, O.W.** (1897) *The Patch of the Law*, rep. The Bobbs-Merrill Law Reprint Series, www.archive.org/search.php?query=creator%3A%22Bobbs-Merrill%20Company.%20pbl%22.
- Jacob François** (1970) *La Logique du Vivant*, Paris.
- Jacob, R.** (2000) *Les Fondements Symboliques de la responsabilité des juges...*, [Histoire de La Justice- LdF] Nova Iorque.
- Jaso T.** [Rodríguez Muñoz, Jaso Y Rodriguez Devesa], (1949) *Derecho Penal, II, Parte especial*, Madrid.
- Jescheck, H. H.** (1981) *Tratado de Derecho Penal, I* [tc Mir Puig y Muñoz Conde], Barcelona.
- Kaufmann, A.** (1959) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga.
- Kelsen H.** (1968) – Die Funktion der Verfassung, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* – t.1; Viena.
- Kelsen, H.** (1962) *Théorie Pure du Droit*, [tf. B. Eisenmann], Paris.
- Kerbaol, Gwenola** (2006) *La Responsabilite des Magistrats*, Paris.
- Kisel, Otto. R.** (1982) Grenzen der Rechts Prechenden Gewalt, *Neue Juristische Wochenschrift* [Agosto]. [rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?site=njw](http://www.rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?site=njw) –
- Lacruz, Sancho, Delgado e Rivero** (1985) *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona.
- Lamego, J.** (1990) *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa.
- Larenz, Karl** (1989) *Metodologia da Ciência do Direito* [tp. José Lamego], 2ª ed., Lisboa.
- Laspro, O. Nestor de Sousa** (2000) *A Responsabilidade Civil do Juiz*, S. Paulo.
- Lazzarini, A.** (1995) Deontologia da Magistratura: O Juiz, suas Atribuições Funcionais. Seus Compromissos Éticos, *Revista dos Tribunais*, v. 718 (Agosto) www.rt.com.br.
- Lévi-Strauss, C.** (1970) L'Homme Nu, *Mythologiques IV*, Paris.
- LIEBMAN, Enrico Tullio** (1983) Do Arbítrio à Razão: Reflexões Sobre a Motivação da Sentença, *Revista de Processo*. São Paulo, ano VIII, n. 29, (Jan./Mar.).
- Locke, John** (1960) *Two Treatises of Governement*, Cambridge.
- Luhmann, Niklas** (1981) *Ausdifferenzierung Des Rechts*, [Suhrkamp] Frankfurt-a-Maine.
- Luhmann, Niklas** (1983) *Rechtssoziologie*, [Westdeutscher Verlag], 2ª ed., Wisbaden.
- Luhmann, Niklas** (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, [Suhrkamp] Frankfurt-a-Maine.
- Maiorano, Jorge Luis** (1984) Responsabilidad del Estado por los Errores Judiciales : otra forma de proteger los DDHH, *Revista Juridica Argentina La Ley*, <http://www.laley.com.ar>
- Martins, A.** (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa
- Marienhoff, M.** (1974) *Tratado de Derecho Administrativo, tc. t. IV*, Buenos Aires.
- Martins-Costa, Judith** (1998) O Direito Privado como um Sistema em Construção..., *Revista dos Tribunais*, v. 753 (Julho) www.rt.com.br.
- Medeiros, Rui** (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Meirelles, Hely Lopes** (1989) *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo.
- Mele, Vittório** (1987) *La Responsabilità Disciplinare dei Magistrati*, [Giuffrè], Milão.
- Mesquita, Maria José Rangel** (2007) Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Muñoz Conde, F.** (1989) *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia.
- Nalini, José Renato** (1991) O Magistrado e a Comunidade, *Revista dos tribunais*, v. 667 [Maio] www.rt.com.br.
- Nanni, Giovanni Ettore** (1999) *A Responsabilidade Civil do Juiz*, S. Paulo.

- Orts E.** [Cobo, Vives, Boix, Orts y Carbonel] (1988) *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia.
- Össenbuhl, Fritz,** (1980) Actuelle Probleme der Gewaltenteilung, *Die Öffentliche Verwaltung* n°15[80.08.15], Heft.
www.kohlhammer.de/doev.de/download/Portale/Zeitschriften/Doev/Inhalt_2004/Heft9_04.pdf -
- Ost, F.** (1983) Juge-Pacificateur, Juge-arbitre, Juge-Entraîneur. Trois Modèles de Justice, Ph.Gérard al. *Fontion de Juger et Pouvoir Judiciaire : Transformations et Déplacements*, FUSL Bruxelas
- Ost, F.** (1991) Trois Modèles du Juge, *La Force du Droit, Panorama des Débats contemporains* (Pierre Bouretz, dir), Paris.
- Ost, F.; Kerchove , M. Van de**(1985) La Référence à Dieu dans la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen, *Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'Abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelas.
- Pádua Ribeiro,** António (1991) Controlo da Actividade Judiciária, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 86 (Março).
- Parellada,** Carlos (1990) *Daños en la Actididad Judicial e Informática desde la Responsabilidad Profesional*, [Astrea] Buenos Aires.
- Pereira,** João Aveiro, (2001) *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra, Coimbra Editora
- Pessoa Vaz,** A.M. (1955) *A Gravação de Audiências (como chave do sistema de oralidade com recurso e motivação das decisões de facto)* [Ministério da Justiça] Lisboa.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1972) O tríplice Ideal da Justiça Célere, Económica e Segura ao Alcance do Legislador Processual Moderno – Sugestões para uma reforma judiciária que elimine a curto prazo o nosso actual e vicioso sistema da oralidade pura, *I Congresso Nacional dos Advogados, ROA, XXXIII*, [801/06].
- Pessoa Vaz,** A.M. (1976) *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Dissertação de Doutoramento, I, Coimbra.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1978) - *A Orientação Jurisdicionalista da Conciliação na Evolução Doutrinal e Legislativa Francesa dos Dois Últimos Séculos*, Dissertação de Doutoramento, II, Coimbra.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1979) *O Registo da prova e as Garantias judiciárias do Cidadão*, [CEJ] Lisboa.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1984) O Estado de Direito, a Motivação das Sentenças e a Racionalização das Decisões Judiciais, *I Simpósio Internacional de Processo Civil e Organização Judiciária* [21/25.05], Coimbra.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1991) *Garantias Judiciárias Fundamentais do Cidadão no Estado Social de Direito, sua conexão com a electrónica e a eficácia da Justiça*, [UAL] Lisboa.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1994) Informatique et Justice - rapport national du Portugal, *Colóquio de Lublin da Associação Internacional de Processo Civil, Actas ...* Lublin.
- Pessoa Vaz,** A.M. (1995) Technologie, Efficacité et Garanties de Justice - rapport général, *IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, 1991 Coimbra/Lisboa, Actas ...*, Coimbra.
- Pessoa Vaz, Dias Garcia,** Octávio, **Coelho,** Vitor, (1987) intervenções - *Quaderni del Consiglio Superior della Magistratura: Incontro di Studi Internazionale - Giurisdizione responsabilità nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*. Roma [06.24/26].
- Picardi,** N, Shetreet, S. (1991) Independência e Responsabilidade dos Juízes e Advogados (red. francês), *IX Congresso Mundial de Direito Judiciário I Relatórios Gerais, Actas...* Coimbra/Lisboa, [08.25/31].
- Pidd,** M., Carvalho A. (2006) [Simulation Software: Not the same yesterday, today or forever.](#) Journal of Simulation, n. 1. Palgrave Macmillan Ltd: Basingstoke, UK.

- Posner, R. (2003)** *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Massachussets / London, Harvard University Press
- Rawls, J. (1971)** *A Theory Justice* [tp Carlos Pinto Correia, 1993, Presença, Lisboa], Harvard University Press, Cambridge al.
- Rawls, J. (1975)** A Kantian Conception of Equality, *Cambridge Review*, v. 96, 225, 02.75.
- Rawls, J. (1985)** Justice as Fairness: Political not Metaphysical, *Philosophy and Public Affairs*, v 14, 3.
- Rebello de Sousa, Marcelo, (1992)** *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, AAFDL
- Ribeiro Dantas, Marcelo N. (2001)** Correição Parcial não é Recurso..., *Aspectos Polêmicos e Actuais dos Recursos Cíveis*, S. Paulo.
- Rocco, U. (1969)** *Tratado de Derecho Procesal Civil, tc.*, Bogotá-Buenos Aires.
- Santos, B. de Sousa (1990)** La Transition Post-moderne: Droit et Politique, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 24 [www.fusl.ac.be/publications/332.html].
- Santos, B. de Sousa (2000)** *Para um Novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*, v 1- *A Crítica da Razão Indolente, Contra o Desperdício da Experiência*, Afrontamento, Porto.
- Santos, N. (2000)** Editorial [18.12], *Expresso*.
- Santos Bernardino, A. (2007)** Intervenção, *Actas da Comissão de Direitos e Liberdades Fundamentais da Assembleia da República – Proposta de Lei 95/VIII*, Lisboa.
- Sata, Salvatore (1969/73)** *Quaderni del Diritto e del Processo Civile*, [CEDAM] Pádua.
- Serrano Alberca, (1980)** J.M. *Comentários a la Constitución* (dir. Garrido Falla), Madrid.
- Sidney Beneti, Agostinho (1997)** *Da Conduta do Juiz*, S. Paulo.
- Silva, Octasilio Paula (1994)** *Ética do Magistrado á Luz do Direito Comparado*, S. Paulo.
- Soares, R. Ehrhardt (1981)** Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva, *BFDUC*, Coimbra.
- Souza, Maria Helena Rau de (2003)** Corregedoria na Justiça Federal, *Corregedorias do Poder Judicial*, [Editora Revista dos Tribunais] S. Paulo.
- Storme, Coester-Waltjen, (1991)** O Activismo Judicial (red. francês e alemão), *IX Congresso Mundial de Direito Judiciário I Relatórios Gerais, Actas...* Coimbra/Lisboa, [08.25/31].
- Taruffo, Michel, (1982)** Notas sobre a garantia constitucional da motivação, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* [sep.], Coimbra.
- Turkle, Sherry, (1997)** *A vida no ecrã. A Identidade na Era da Internet*, tp. [Relógio d'água] Lisboa.
- Vale, Márcio Ribeiro do (2003)** A Função Corregedora na Justiça do Trabalho, *Corregedorias do Poder Judicial*, [Editora Revista dos Tribunais] S. Paulo.
- Vasconcelos, Pedro Bacelar de (1994)** Da Consciência dos Magistrados, *Público* [94.01.23], Lisboa.
- Vasconcelos, Pedro Bacelar de (1998)** *A crise da Justiça em Portugal*, Lisboa.
- Vullierne, Les Anastomoses du Droit. Spéculations sur les Sources du Droit, Arch. Ph. du Droit, t 27 Sirey, Paris.**
- Waline, M.(1956)** *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, Paris.
- Volpe, G. della (1964)** A Liberdade de Espírito e o Estado, *Os Direitos do Espírito e as Exigências Sociais-Encontros Internacionais de Genebra*, tp PEA, Mem Martins.

Lamego, 1949

EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

1972-1977 Magistrado do Ministério Público, c.s Seixal, Moita, p^a Lisboa

- direcção do inquérito: acusação e seguimento de causas penais, sobretudo de dano involuntário (responsabilidade civil conexas)
- propositura e seguimento de acções de impugnação e de investigação de paternidade.
- contencioso de menores e inventários orfanológicos
- supervisão da conta de custas judiciais

1973-1977 Comissão de Serviço na Policia Judiciária sub. D^a Lisboa

- destaca: concepção, planeamento e chefia da investigação criminal pelo assassinato do Marechal Humberto Delgado: ref.da da *Ordem para Sumário de Culpa*.

1977 ⇨ Magistrado Judicial Lisboa, Tribunal de Contas

- controlo judicial do inquérito e presidência da instrução criminal [cc. C.Raíña, cc. V^a Franca de Xira, tic. Lisboa];
- processo e julgamento de causas cíveis e penais em 1^a instância [c. Santarém-3^o jz., c.Lisboa-2^o jz. criminal];
- julgamento colectivo de recursos cíveis de decisões da 1^a Inst. [T. Rel. Évora, T. Rel. Porto];
- contencioso do controlo financeiro do Estado.

1983-1993 Comissão de Serviço na A.A.c/Corrupção Lisboa

- destaca: planeamento, investigação e ref.da do *Relatório* apresentado à A.R. no caso EPAL vs. CEETA em torno do conflito de controlo estratégico das políticas de ambiente.

1995-1998 Idem, A.C c/ Corrupção e Ilg. Adm Macau

- destaca: estudo e proposta legislativa (aprovada) acerca do dever legal de *declaração de interesses* dos elementos das Forças de Segurança e dos funcionários públicos de Macau.
- tb: planeamento e direcção da *iniciativa anti-fraude e coacção* durante o último acto eleitoral para A.L. de Macau sob administração portuguesa.

1993-1998 Membro da Comissão Executiva CNLcSida Lisboa

- contribuições para um conceito de aconselhamento jurídico anti-discriminatório.

1991 ⇨ Docente de direito Lisboa, ULHT

- Introdução ao Direito, Direito Fiscal, Direito Penal: crimes contra a via e a integridade física [UAL ⇨ 1995]
- Direito Internacional Público, Processo Civil [ULHT ⇨ 2005];
- Processo Executivo;
- Processo Penal, Criminalística e Política Criminal [Pós-Graduação em Criminologia]

HABILITAÇÕES

1967-1971	FDUL	Lisboa
■	Licenciatura em Direito.	
1972	PGR	Lisboa
	Concurso para Delegado do Procurador da República	
1977	CSM	Lisboa
	Estágio para Juíz	
1991-1992	UAL/LC	Lisboa
■	Pós-Graduação: temas contemporâneos de processo civil, processo criminal e novos contratos.	

INTERESSES

Estudo aprofundado e investigação nos campos das garantias do cidadão perante a administração da justiça, do processo civil e criminal, da criminologia. [UAL 1991 – 1995; ULHT 1998 ⇨ ISCTE – Novas Fronteiras do Direito 2005 ⇨]

ARTIGOS

Autor, entre outros:

(i) *Assassinato de Humberto Delgado: o processo português*, Comunicação ao Congresso Internacional de História Contemporânea no 30º aniversário da morte do Marechal Humberto Delgado, Lisboa 1994; (ii) *Direitos e Deveres Fundamentais: infecção pelo VIH/Sida*, Comunicação ao II Congresso Nacional de Luta contra a Sida, Coimbra 1995; (iii) O Ministério da Justiça, ent. *Dicionário de História Contemporânea*, Circulo de Leitores, Lisboa 1996; (iv) O Modelo Português da Investigação da Corrupção, in *Rev. Macau* 1998; (v) O Problema da Responsabilidade dos Magistrados Judiciais, in *Revista de Administração e Políticas Públicas – Forum Administração da Justiça*, APAPP, Braga 2000; (vi) O [Continuado] Mal-Estar Indefinido da Justiça Criminal, in *Interrogações à Justiça: 36 Juízes Respondem*, Tenacitas, Coimbra 2003b (vii) Computer Crime in Judicial Practice, in Ferré Olivé, J.C. als. (orgs.) *Grotius II Penal Programme: Penal Legislation in the Fight Against Financial Crimes Fraud and Corruption, Computer Fraud and Internet Crimes, Spain, Italy, Portugal and Poland*, Universidad de Salamanca – Fundación General, Salamanca 2004; (viii) Agradecimento: Um Comandante da Polícia, in *Casanova Ferreira. A Mercida Homenagem*, Lisboa 2005; (ix) Corrupção, in *Semanário* (30.03), Lisboa 2007; (x) Posfácio, in Pinto Ribeiro, Maria Saldanha, *Amor de Pai*, D.Quixote, Lisboa 2007; (xi) Tribunais em Rede, Nótula [2005e], a pub. in *Galileu – Revista de Direito e Economia*, UAL, Lisboa 2008.

Co-autor:

(xii) c/ Prof. doutor Alexandre M. Pessoa Vaz, *Réponse au Professeur Marcel Storme (Université de Gent) au sujet de la responsabilité du fait judiciaire dédomageable*, Lisboa 1992c; (xiii) c/A. Caldeira, O Discreto Poder dos Banqueiros – sobre o sigilo bancário na investigação da corrupção, in *Expresso* (21.11), Lisboa 1992; (xiv) c/A. Caldeira, Epilogo, in Delgado, Iva; Pacheco, C. (org.s), *A Tirania Portuguesa*, D.Quixote, Lisboa 1995; (xv), c/Luís Azevedo, Levy Baptista e Macaísta Malheiros, Corrupção - entrevista a Ana Goulart, in *Seara Nova*, Lisboa 2007.