

## Artigo 13.º

### Responsabilidade por erro judiciário

**1 – Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto.**

**2 – O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.**

#### SUMÁRIO

1. A responsabilidade por erro judiciário: admissibilidade e fundamentos do regime específico
  - 1.1. As reservas da jurisprudência
  - 1.2. Crítica dogmática e juspositiva
2. Especificidades dos pressupostos da responsabilidade por erro judiciário
3. A exigência de prévia revogação da decisão danosa
4. O erro judiciário penal

### **1. A responsabilidade por erro judiciário: admissibilidade e fundamentos do regime específico**

#### **1.1. As reservas da jurisprudência**

O Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos assenta, no que respeita à responsabilidade do Estado por facto da função jurisdicional, na dicotomia entre a responsabilidade pela administração da justiça e a responsabilidade por erro judiciário. Na administração da justiça *hoc sensu* (ou “administração judiciária”, na fórmula tradicional) compreende-se o vasto conjunto de condutas, incluindo as omissivas, correspondentes ao serviço público da Justiça, imputáveis a juízes, magistrados do Ministério Público, funcionários judiciais e outros agentes com competências nos domínios judiciais – ou até ao serviço no seu conjunto. O erro judiciário refere-se, em contrapartida, ao âmbito limitado das decisões judiciais em sentido estrito, ou seja, atuações exclusivas dos juízes que se traduzem na resolução de questões jurídicas através da interpretação e aplicação de preceitos jurídicos aos factos apurados. O domínio do erro judiciário abrange, pois, quer a atividade de interpretação e aplicação do direito quer a

atividade de aquisição e valoração dos fundamentos fácticos da decisão.

O erro judiciário é, numa palavra, o erro em que pode incorrer uma sentença ou um ato de natureza análoga; já o atraso na sua prolação constitui um problema diverso, de administração judiciária (*vide* anotações ao artigo 12.º). A responsabilidade por erro judiciário tem de ser exigida, exclusivamente, ao Estado (para um caso excecional, *vide infra*); a responsabilidade por danos causados pela administração da justiça pode ser exigida pelo lesado ao Estado ou aos agentes, por aplicação das regras gerais definidas para a função administrativa e sem prejuízo do disposto no artigo 14.º

Já antes da Lei n.º 67/2007, o reconhecimento da existência de responsabilidade do Estado por factos respeitantes à administração da justiça, especialmente por morosidade do serviço, constituía objeto de jurisprudência consolidada – sem prejuízo de algumas hesitações quanto à sua base constitucional e legal. Em contrapartida, uma forte corrente jurisprudencial (no Tribunal Constitucional, nos tribunais judiciais e nos tribunais administrativos), com algum apoio na doutrina, manifestou – e continua a manifestar – reservas relativamente à admissibilidade de uma verdadeira e própria responsabilidade por erro judiciário. A admissão como princípio de uma responsabilidade decorrente de sentença desagregaria, segundo tal entendimento, as estruturas fundamentais da ordem judiciária e situar-se-ia em contradição com dados constitucionais básicos de um Estado de Direito, que o legislador não pode ignorar. Só excecionalmente, nos domínios restritos e cuidadosamente regulados da justiça penal, haveria algum espaço para a responsabilidade por erro judiciário

Referencial ainda hoje para este entendimento é o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/84, Proc. n.º 82/83. *Vide* a recente revisitação do tema pelo então Relator, já à luz do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos: J. M. CARDOSO DA COSTA, *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial*, RLJ, Ano 138.º, n.º 3954, janeiro-fevereiro de 2009, esp. pp. 162 ss. Para uma síntese das diversas posições jurisprudenciais, *vide* o Acórdão do STJ de 18/6/2006, Proc. n.º 6A1979.

Os fundamentos constitucionais invocados em apoio desta visão restritiva reconduzem-se à independência dos tribunais e à força do caso julgado, enquanto decorrências elementares das tarefas cometidas à Jurisdição. A função precípua dos tribunais

de prossecução da paz jurídica – através da defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, da restauração da legalidade e da resolução de conflitos (artigo 202.º, n.º 2, da Constituição) – só pode ser prosseguida se houver independência do julgador em face de todos os outros interesses (artigo 203.º da Constituição) e se os litígios ficarem definitivamente extintos, através de decisões dotadas de especial autoridade e estabilidade (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição). Acresce que o juiz não pode deixar de cumprir a função decisória, constitucional e legalmente imposta, por muitas que sejam as suas dúvidas quanto à solução a dar ao caso – dúvidas, aliás, tão comuns como legítimas, dadas as limitações do Direito em face da exuberante diversidade das situações da vida (cfr., entre tantos outros, os Acórdãos do STJ de 31/3/2004, Proc. n.º 4A051, e de 18/6/2006, Proc. n.º 6A1979, já referido).

Ora, se o juiz fosse responsabilizado pelas decisões que toma, a sua independência poderia ficar afetada, atenta a diversidade de consequências para as partes que as suas decisões produzem, consoante o seu conteúdo – consequências essas que poderiam acabar por recair sobre o património do próprio juiz. Daí o princípio da irresponsabilidade dos juízes (artigo 216.º, n.º 2, da Constituição), como forma de proteção da independência dos tribunais (*vide* o Acórdão do STJ de 8/9/2009, Proc. n.º 368/09.3YFLSB: “Para que não se corra o perigo de entorpecer o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juízes, impõe-se um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer responsabilidade por atos de interpretação das normas de direito e pela valoração dos factos e da prova”).

Por outro lado, admitir um pedido de indemnização pelos danos causados por uma sentença significaria, consoante os casos, ou postergar o sistema de recursos – disponibilizado precisamente para garantir o maior acerto das decisões – ou afetar a força do caso julgado entretanto formado – através de uma contestação dos seus efeitos, que resultariam minimizados ou compensados pela atribuição de uma indemnização.

*Vide* os termos incisivos do Acórdão do STJ de 13/12/2009, Proc. n.º 9180/07.3TBRRG.G1.S1: permitir que as instâncias, no âmbito de uma ação de indemnização por erro judiciário, procedessem à “apreciação crítica de uma decisão tomada, em último grau, pelo Supremo Tribunal de Justiça representaria uma total e inaceitável subversão da regulamentação do nosso sistema judiciário”).

A previsão constitucional de uma indemnização pelos danos resultantes da privação da liberdade contrária à Constituição e à

lei (artigo 27.º, n.º 5) ou de uma condenação penal injusta (artigo 29.º, n.º 6) é encarada, nesta ordem de ideias, como uma solução excecional: feita a ponderação entre os princípios constitucionais acima referidos e, por outro lado, a liberdade e outros bens pessoais eminentes afetados pela aplicação da lei criminal, a prevalência aqui dada a estes últimos expressa a relevância suprema da dignidade da pessoa humana no contexto constitucional vigente (artigo 1.º).

Passando agora ao plano da construção dogmática, a crítica à responsabilidade por erro judiciário faz notar que a Jurisdição se caracteriza precisamente pela prerrogativa que lhe é atribuída de “dizer o direito” (*juris-dictio*, *Recht-sprechung*) e de apurar os factos. Se a lei atribui a um determinado tribunal a tarefa de declarar imperativamente qual é o direito do caso – significando isto que a função de “dizer o que diz a lei” naquele concreto caso fica cometida àquele concreto órgão –, nenhum outro órgão pode invocar a lei para contestar a solução dada ao caso, pois o sentido dessa lei nas circunstâncias do caso concreto não lhe cabe a ele defini-la, mas sim ao tribunal com competência para decidir o caso. E esta decisão é necessariamente válida: se a validade traduz a conformidade ao padrão legal e se o próprio conteúdo deste padrão legal é enunciado imperativamente pelo tribunal que profere a decisão do caso, então não pode relevar qualquer padrão legal alternativo, designadamente o que resulta de uma diversa interpretação da lei, com o qual a decisão esteja em desconformidade.

Esta conclusão não é perturbada pela existência de recursos e pela possibilidade de revogação da decisão tomada pelo tribunal *a quo*. Sucede aí apenas que a tarefa de exprimir a vontade da lei para o caso concreto é partilhada por um sistema hierarquizado de órgãos, de acordo com determinadas regras. Relativamente a cada uma das instâncias, repete-se o modelo elementar acima exposto. E repete-se a qualificação de cada uma das sucessivas decisões como válida: enquanto subsistir a decisão da instância, ela exprime legitimamente qual é o direito do caso concreto, em função de dados normativos e fáticos que ao autor dessa decisão cabe enunciar (cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/84, Proc. n.º 82/83: cada declaração do direito do caso é plenamente válida, enquanto não for revogada por um tribunal superior). Quando a causa passar para a órbita do tribunal *ad quem*, a este cabe por sua vez exprimir o direito do caso, e pode fazê-lo em termos diversos dos anteriores e que entenda mais acertados em função da sua perspetiva quanto ao direito aplicável ou aos factos

apurados. A querer falar-se aqui em erro do tribunal *a quo*, terá imediatamente de esclarecer-se que não corresponde tal erro a qualquer ilegalidade, antes traduz a mera divergência entre duas apreciações organicamente legitimadas e a prevalência concedida pela lei à que foi realizada pelo tribunal superior.

No Acórdão do STJ de 19/2/2004, Proc. n.º 3B4170, afirma-se que as compreensíveis divergências de interpretação e aplicação aos casos da vida manifestam-se também no âmbito dos recursos e, por isso, “quando o tribunal hierarquicamente superior sobre põe um diverso julgamento da questão ao tribunal inferior, não é só por isso que pode legitimar-se um juízo material de verdade a respeito daquele e de erro quanto a este outro pólo da relação de supraordenação”. Cfr. o Acórdão do STJ de 20/10/2005, Proc. n.º 5B2490: “A mera revogação de uma decisão judicial não importa, à partida, um juízo de ilegalidade ou de ilicitude, nem significa que a decisão revogada estava errada; apenas significa que o julgamento da questão foi deferido a um Tribunal hierarquicamente superior e que este, sobrepondo-se ao primeiro, decidiu de modo diverso.”

Para as partes, todas as decisões tomadas pelas sucessivas instâncias devem ser entendidas como válidas e legítimas e, enquanto cada uma delas subsistir, aceites como a vontade da lei para o caso concreto. Não há, pois, espaço lógico para qualquer pretensão indemnizatória: os recursos servem para corrigir decisões, e as decisões erradas corrigem-se, não se indemnizam (cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *Sobre o novo regime*, cit., p. 163: o instrumento primacial para reagir contra o erro judiciário é o recurso, não a responsabilidade civil do Estado).

Se a lei, excepcionalmente, quiser prever uma indemnização pelo erro *hoc sensu* (*maxime*, no âmbito da justiça penal), dois traços do correspondente regime se impõem, por imperativo lógico. Ou se trata de uma responsabilidade por facto lícito, com o correspondente regime – excluindo, desde logo, qualquer responsabilização do julgador a título pessoal [Segundo LUIS CATARINO, “sendo as sentenças por natureza conformes ao Direito (“elas dizem o Direito”)”, aceitar uma responsabilidade por ato ilícito acabaria por nos fazer aceitar simultaneamente uma aplicação e uma negação do Direito”, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto jurisdicional*, em *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º Supl., , 2001, p. 492]. Ou a decisão que reconheça o direito à indemnização terá de ser acompanhada ou precedida pela eliminação da decisão que constituía o título dos efeitos danosos produzidos, uma vez que tal decisão impunha, válida

e legitimamente, tais efeitos como a vontade da lei para o caso concreto (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 90/84, Proc. n.º 82/83; e n.º 71/05, Proc. n.º 1051/04).

Nesta ordem de ideias, compreende-se a questão retoricamente colocada por CARDOSO DA COSTA: o legislador de 2007 – ao admitir em termos genéricos, em qualquer domínio, a responsabilidade por erro judiciário, exigindo apenas que o erro seja manifesto ou grosseiro – não terá ido “longe de mais”? (*Sobre o novo regime cit.*, p. 163).

## 1.2. *Crítica dogmática e juspositiva*

A afirmação de um princípio geral de irresponsabilidade por erro judiciário, apenas afastado em situações delimitadas do âmbito da justiça penal, é criticável desde logo a partir da fragilidade dos fundamentos invocados.

Fragilidade, em primeiro lugar, da ligação funcional entre tal princípio de irresponsabilidade e a independência do juiz ou dos tribunais. Por um lado, o *topos* da independência deveria justificar, em coerência, não apenas a irresponsabilidade do juiz perante as partes, mas também perante o próprio Estado, excluindo qualquer direito de regresso: de facto, se o juiz pode ficar condicionado pela perspetiva de responsabilização no plano das relações externas, também o pode ficar no plano das relações internas, razão pela qual nunca existiria direito de regresso, assumindo o Estado todo o encargo indemnizatório (daí que se percebam, em coerência, as dúvidas de constitucionalidade, fundadas no princípio da independência do juiz, relativamente à norma do n.º 3 do artigo 5.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, constantes da declaração de voto do Cons. SEBASTIÃO PÓVOAS no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/10/2011, Proc. n.º 1268/03.6TBPMS.L1.S1). Não parece, por outro lado, despropositado questionar se o princípio constitucional da prossecução imparcial do interesse público (artigo 266.º) não pode igualmente ser afetado pela perspetiva da responsabilização que grava sobre os agentes da Administração Pública. Se o que subjaz à irresponsabilidade é o princípio da independência e se essa irresponsabilidade não representa, manifestamente, um privilégio do juiz, mas uma prerrogativa da função, justificar-se-á perguntar se a imparcialidade da função administrativa não deverá aqui ter uma proteção de algum modo semelhante à concedida à função jurisdicional.

Mas também a própria invocação da necessidade de garantir a autoridade do caso julgado e a inerente paz jurídica como fundamento de um pretenso princípio de irresponsabilidade por erro judiciário se afigura pouco convincente. Em primeiro lugar, porque em muitos casos não existe qualquer efeito de caso julgado a proteger, dados os limites subjetivos e objetivos da figura: as partes no processo em que foi proferida a decisão danosa podem não coincidir com aquelas que agora pretendem desencadear um processo indemnizatório; e as relações de interferência entre o objeto de ambos os processos são frequentemente sobrevalorizadas, atenta a diversidade de pedidos e de causas de pedir (*vide* ainda as pertinentes considerações expressas no voto de vencido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/86, Proc. n.º 153/85). Em segundo lugar, não pode perder-se de vista que a extensão e regime do caso julgado representa a forma como o legislador entendeu proceder, em cada domínio do Direito, ao equilíbrio entre os valores da segurança e da justiça material. Não é, por isso, o caso julgado que se impõe às soluções legislativas, mas antes o inverso: na medida em que o Tribunal Constitucional inclua os casos julgados no âmbito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o caso julgado cede; e cede ainda na medida em que o legislador consagre recursos de revisão de sentenças; e outro tanto ocorre, ou pode ocorrer, com a previsão de ações destinadas a efetivar a responsabilidade pelos danos resultantes de sentenças transitadas em julgado, onde a legalidade destas é apreciada incidentalmente.

O problema é conhecido no processo administrativo, onde se admite que a ilegalidade de um ato administrativo já inimpugnável – o tradicional “caso resolvido” – possa ainda ser apreciada, a título incidental, no quadro de uma ação de responsabilidade civil pelos danos por ele produzidos (artigo 38.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). O risco – real – de uma excessiva relativização da autoridade e estabilidade do ato inimpugnável é acautelado impondo a proibição de utilizar a ação de responsabilidade quando esta conduza ao efeito que resultaria da anulação desse ato (n.º 2 do mesmo artigo).

Não se contesta, por outra parte, que a tarefa judicante está submetida a inúmeros fatores de incerteza, fáctica e jurídica, que tornam eminentemente questionáveis os resultados atingidos pelo juiz mais competente e escrupuloso. E decerto que a proibição de *non liquet* tem como custo inerente uma probabilidade elevada de desacerto decisório. Mas estas e outras questões conexas prendem-

-se já com a definição e aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil por erro judiciário, designadamente com a ilicitude e/ou a culpa, e não com o problema logicamente antecedente da admissibilidade de princípio dessa mesma responsabilidade.

É verdade que a sentença representa o exercício das prerrogativas cometidas ao juiz na aplicação do direito ao caso; e que deste estatuto constitucional e legal resulta, nomeadamente, que é o juiz da causa quem tem autoridade para “dizer o que a norma diz” – com a consequência de remeter para um plano metajurídico ou meramente doutrinário um juízo de desacerto da decisão, fundado num putativo conteúdo alternativo da norma, sempre que o autor deste juízo não disponha de uma correspondente habilitação normativa.

Mas se o problema da responsabilidade por erro judiciário é, em primeira linha, um problema orgânico-funcional, de legitimidade para o concreto ato judicante, a consequência lógica é que tudo está em saber quem está habilitado a pronunciar-se sobre uma determinada causa e qual é o âmbito da sua pronúncia. Assim, se o ato judicante inicial estiver sujeito a recurso ordinário, a autoridade para “dizer o que diz a lei” (e eventualmente para rever as questões de facto) pode ser efetivamente transferida para o tribunal *ad quem* caso o recurso venha a ser interposto, prevalecendo então a apreciação feita por este. Se existir um recurso de revisão, a situação repete-se no essencial, porque o legislador optou por permitir que uma sentença já transitada em julgado pudesse, verificados os correspondentes pressupostos, ser ainda objeto de revisão e revogação e eventualmente substituída por outra, resultante de nova apreciação.

E a situação repete-se ainda, entre outros exemplos, no caso da ação destinada a efetivar a responsabilidade por danos causados pela sentença. A (importante) particularidade reside aqui no facto de a sentença ser submetida a uma apreciação meramente incidental, uma vez que o objeto do processo se organiza em torno de um pedido de indemnização. O juiz do processo indemnizatório não vai rever a sentença para a confirmar ou revogar, mas apreciá-la sob uma perspectiva específica – a sua relevância como fonte de um dever de indemnizar – e com um objetivo específico – reconhecer o correspondente direito indemnizatório. A sentença anteriormente proferida não surge neste processo como um ato decisório, apreciado *qua tale* para efeitos de confirmação ou revogação, mas como um *mero facto*, ao qual a ordem jurídica pode associar determinados efeitos jurídico-materiais. E a questão de

saber se um desses efeitos jurídico-materiais se constituiu ou não é precisamente o objeto da apreciação deste juiz: por outras palavras, o que está em causa neste segundo processo é um determinado efeito jurídico-material decorrente da sentença, e não a sentença como ato decisório com certo conteúdo e com certos efeitos, *maxime* o caso julgado, conteúdo e efeitos que permanecem incólumes.

Portanto, na medida em que o legislador reconheça o direito à indemnização por erro judiciário, e não há fundamento para deixar de reconhecer (cfr. *supra*), está a habilitar o juiz do correspondente processo a realizar uma apreciação da sentença. Que esta sentença tenha sido proferida por um tribunal supremo e a ação de responsabilidade civil seja julgada por uma instância inferior é, em bom rigor, irrelevante, porque no processo indemnizatório a sentença não vale como um ato decisório proferido por um determinado tribunal, antes é apreciada, sim, estritamente como um facto constitutivo do direito indemnizatório que o autor pretende fazer valer. Enquanto ato decisório, com um determinado conteúdo e com determinados efeitos, a sentença não é posta em causa neste segundo processo, atenta a limitação do seu objeto e dos seus objetivos.

Para além de não levar às últimas consequências a perspetiva orgânico-funcional a que adere, o entendimento restritivo quanto à responsabilidade por erro judiciário merece ainda reparos por negar relevância a qualquer perspetiva material de apreciação sobre a sentença danosa. Concretamente, esta sentença é apresentada como um facto lícito, como são lícitas todas as sentenças proferidas pelo órgão legitimado para proferir o direito do caso. A revogação da sentença em via de recurso traduziria apenas uma diversidade de entendimento quanto ao direito aplicável e/ou aos factos apurados, dentro do contraste de posições próprio das atividades jurídicas, não implicando qualquer juízo de ilegalidade sobre a decisão do tribunal *a quo* (cfr. *supra*). Em suma, o chamado erro judiciário não seria facto ilícito – com a eventual ressalva dos casos de atuação dolosa.

Vale a pena, aliás, começar por aqui. Uma atuação, por ser dolosa, deixa de ser imputada ao órgão legitimado para declarar o direito do caso? Se lhe é imputada, não se percebe, dentro da lógica exposta, porque há de ver-se aqui um facto ilícito, uma vez que a legitimação orgânico-funcional subsiste; se não é imputada, deverá qualificar-se como facto pessoal e abre-se assim uma contradição com o regime legal, que prevê expressamente a responsabilidade do Estado por factos dolosos dos seus agentes,

incluindo os que correspondam a erro judiciário (daí o direito de regresso do artigo 14.º).

Por outro lado, deve sublinhar-se que o artigo 27.º, n.º 5, da Constituição prevê a responsabilidade do Estado pela “privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei” – significando isto que o ato que produz tal efeito, sendo inconstitucional ou ilegal, corresponde a um facto ilícito. O mesmo resulta da correspondente norma do artigo 225.º do Código de Processo Penal, que fala em privação de liberdade ilegal ou devida a erro grosseiro na apreciação dos factos. Ora, se o erro judiciário penal corresponde, ou pode corresponder, a um facto ilícito (cfr. o Acórdão do STJ de 11/9/2008, Proc. n.º 8B1747), não se descortinam razões para outra solução relativamente ao erro judiciário em geral.

E não é de excluir que possa relevar como facto ilícito para efeitos indemnizatórios um caso de incontestável ilegalidade como é a prolação de uma sentença por tribunal incompetente, ou seja, a que falte a necessária legitimação orgânico-funcional para declarar o direito do caso.

A ideia de que toda a sentença (proferida pelo tribunal competente) é por definição válida, porque é necessariamente conforme ao padrão legal – uma vez que é prerrogativa do tribunal “dizer o que diz a lei” – perde plausibilidade quando se abandona o contexto paradigmático de relacionamento bipolar entre uma dada sentença e uma dada norma (ou conjunto de normas) para se defrontar com um contexto de proliferação de sentenças contraditórias, resultantes de recursos, e até de proliferação de padrões legais, de acordo com as perspetivas dos tribunais *ad quem*. Concretamente, não é compreensível que duas sentenças contraditórias sobre a mesma questão, sem alteração do quadro fáctico e normativo que objetivamente as envolve, sejam simultaneamente qualificadas como válidas: pelo menos uma é desconforme com o padrão legal e, logo, inválida. Claro que um tribunal pode ter apurado determinados factos e selecionado determinadas normas, ao passo que o outro escolheu bases fácticas e/ou normativas diversas, chegando a uma diferente solução. Mas se o universo fáctico e normativo é o mesmo, não é possível qualificar indiferentemente ambas as decisões como válidas: a prevalência concedida à decisão do tribunal *ad quem* significa logicamente que a decisão do tribunal *a quo* é desconforme ao padrão legal relevante (que é enunciado, bem entendido, pelo tribunal *ad quem*).

Tão-pouco a ideia de que a sentença é válida enquanto não for objeto de revogação pelo tribunal *ad quem* se revela plausível.

Na medida em que se restrinja a perspetiva ao relacionamento bipolar entre uma sentença e uma norma, é verdade que a sentença é válida – como também seria válida uma hipotética sentença de conteúdo oposto. Mas se a perspetiva se alargar de modo a acomodar uma segunda sentença, do tribunal *ad quem*, o juízo de validade não resulta automaticamente de considerações orgânico-funcionais, antes tem de assentar em critérios materiais, ou seja, tem de resultar do confronto da sentença recorrida com um padrão legal redefinido pela sentença de recurso. O juízo de invalidade da sentença do tribunal *a quo* é proferido *a posteriori*, mas a qualificação de invalidade rege desde o momento da sua prolação. Quer dizer, a sentença não se vem a tornar inválida; o que sobrevém, sim, é um juízo sobre a sua invalidade.

Quanto à proibição de *non liquet*; às naturais divergências sobre o sentido das normas; à jurisprudência díspar dos próprios tribunais superiores, todas estas circunstâncias que gravam sobre a tarefa de julgar não depõem contra a admissibilidade de princípio de uma responsabilidade por erro judiciário. Repercutem-se, sim, nas especificidades do regime dessa responsabilidade, muito em especial nas exigências estabelecidas no plano dos pressupostos da ilicitude e da culpa para que se constitua uma obrigação de indemnizar a cargo do Estado (*vide infra*, 2.) e/ou para que o juiz seja responsabilizado no quadro das relações internas, em direito de regresso (*vide* anotações ao artigo 14.<sup>o</sup>).

Duas ideias conclusivas: a) a responsabilidade por erro judiciário, quando exista, é uma responsabilidade por facto ilícito; b) contrariamente ao receado por CARDOSO DA COSTA (*vide supra*), o legislador do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos não foi longe de mais, muito menos violou princípios estruturantes do Estado de Direito ou do estatuto do Poder Judicial, ao regular como regulou o Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos.

Bem pelo contrário: ficou aquém do exigível, como se verá a propósito da revogação da decisão danosa (*vide infra*, 3.).

## 2. Especificidades dos pressupostos da responsabilidade por erro judiciário

O erro judiciário pode ser um erro e direito ou de facto, quer dizer, pode referir-se ao sentido da solução dada à questão jurídica ou à forma como foram adquiridas as bases fácticas dessa solução.

A distinção nem sempre é nítida: se a lei estabelecer, *v.g.*, que determinado facto deve ser provado (ou que não pode ser provado) através de um determinado meio, o juiz incorre num erro de direito se der como provado (ou como não provado) o referido facto em desrespeito da limitação legal. Assim como há erro de direito se o valor probatório atribuído ou recusado a um determinado meio contrariar a imposição do legislador. O erro de facto, no sentido da norma do n.º 1, restringe-se a um erro de apreciação e, por isso, só existe na medida em que o juiz disponha – e por regra dispõe (artigo 655.º, n.º 1, do Código de Processo Civil) – de uma margem para essa apreciação.

O erro judiciário, enquanto erro de julgamento, não se confunde com o erro material referido no artigo 667.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, traduzido em omissões, inexatidões e lapsos manifestos, designadamente de escrita ou de cálculo, e que pode ser corrigido a todo o tempo por simples despacho, por iniciativa do juiz ou das partes (Acórdão do STJ de 8/9/2009, Proc. n.º 368/09.3YFLSB). CARLOS CADILHA faz notar ainda que a atual redação do artigo 669.º do Código de Processo Civil permite também a reforma da sentença por lapso manifesto do juiz na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos ou por constarem do processo meios de prova plena que implicassem necessariamente decisão diversa da proferida (*Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 264).

A letra do preceito comentado relaciona o erro de direito apenas com a violação de normas constitucionais ou legais, mas tem de ser sujeita a uma interpretação extensiva, uma vez que o padrão normativo da decisão não pode deixar alargar-se às restantes fontes de direito, designadamente às de origem externa.

A violação das normas e princípios de direito internacional que vigorem na ordem interna (artigo 8.º da Constituição) também pode corresponder a um erro judiciário. Mas o caso mais significativo será o da violação do direito, originário ou derivado, da União Europeia, quer pela extensão do domínio de aplicação, quer, sobretudo, pela circunstância de os termos e as consequências dessa violação pelos órgãos dos Estados – incluindo os tribunais – serem objeto de regulamentação no plano europeu, a qual se impõe a soluções internas eventualmente diversas por força do princípio do primado.

De facto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem construído ao longo dos anos, desde o Acórdão *Francovich* (1991), um quadro

progressivamente aperfeiçoado das condições em que a violação do direito da União Europeia pelos órgãos dos Estados-membros constitui estes na obrigação de indemnizar os lesados, enquanto forma de eliminar as consequências do desrespeito das normas comunitárias – corolário, por sua vez, do dever de garantir a sua plena efetividade. Parte dessa (abundante) jurisprudência diz precisamente respeito às violações imputadas a órgãos jurisdicionais e, em especial, a tribunais supremos (*v.g.*, os Acórdãos *Köbler*, de 2003, e *Traghetti*, de 2006).

O Tribunal de Justiça rejeita de forma incisiva a argumentação tradicional de que o princípio da independência e o respeito do caso julgado se opõem a um dever de indemnizar imposto aos tribunais (*vide supra*, 1.). De facto, não está aqui em causa a responsabilidade pessoal do julgador, mas sim a responsabilidade do Estado – ora, a existência desta não perturba a independência do juiz. Por outro lado, o caso julgado que se formou no processo que deu origem ao pedido de indemnização não é posto em causa pela ação de responsabilidade civil, dada a diversidade de objetos processuais e, porventura, também a diversidade das partes.

Afastados estes pretensos obstáculos à afirmação de um dever de o Estado indemnizar os danos causados por uma sentença contrária ao direito comunitário, o Tribunal de Justiça enuncia as condições de que depende a correspondente responsabilidade civil, retomando os critérios genericamente definidos para a responsabilidade do Estado: (i) a norma violada atribui direitos aos particulares (não sendo, todavia, necessário que tenha efeito direto); (ii) a violação dessa norma foi suficientemente caracterizada (ou seja, existiu uma violação grave e manifesta); (iii) verifica-se um nexo de causalidade entre a violação da norma e os danos invocados pelos lesados.

O conceito de “violação suficientemente caracterizada”, enquanto violação grave e manifesta, reclama algumas notas clarificadoras, que foram sendo desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça. Para determinar se a violação da norma comunitária atinge o limiar que justifica um dever de indemnizar, foram enunciados exemplificativamente alguns elementos atendíveis, como a clareza e precisão da norma violada, a intencionalidade da violação, o seu carácter (não) desculpável, a maior ou menor margem de atuação que tenha sido deixada aos órgãos nacionais ou o comportamento adotado por uma instituição comunitária.

O Tribunal de Justiça tem sublinhado que o dever de indemnizar a cargo dos Estados por violação do direito comunitário depende

das três condições enunciadas, que devem ser tidas por necessárias e suficientes. O Acórdão *Köbler* afirmou, expressamente a propósito da responsabilidade do Estado-juiz, que não é lícita a exigência adicional de dolo ou culpa grave do julgador. A culpa relevante não é outra senão a que já resulte do requisito da “violação suficientemente caracterizada” (*vide*, por todos, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, 2009, esp. pp. 42 e 47).

A ausência na norma do n.º 1 do artigo 13.º de uma menção expressa ao erro de direito por violação do Direito da União Europeia, porventura criticável sob o ponto de vista da técnica legislativa, não significa, pois, que tal violação deixe de relevar como fonte responsabilidade civil do Estado. Os termos dessa relevância é que são regulados pelo próprio Direito da União Europeia (ou em obediência a ele) e não pelo referido artigo 13.º

Porém, no que se refere estritamente ao pressuposto da ilicitude da decisão judicial, existe um importante elemento de aproximação entre as regras comunitárias, o Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos e a jurisprudência tradicional dos tribunais internos, que consiste na especial gravidade da ilicitude ocorrida. Os condicionalismos próprios da decisão jurisdicional, *maxime* a proibição de *non liquet*, as imperfeições do quadro normativo e as normais divergências na interpretação e aplicação das normas jurídicas, conduzem a que não possa afirmar-se a existência de um ilícito relevante para efeitos indemnizatórios pelo mero facto de a sentença dada ter sido revogada e substituída por outra, na sequência de recurso (Acórdão do STJ de 20/10/2005, Proc. n.º 5B2490). A violação do padrão legal em que a sentença tenha incorrido só deve relevar para constituir o Estado no dever de indemnizar quando atinja um determinado limiar de gravidade, correspondente à manifesta indefensabilidade da decisão, sob qualquer perspetiva técnico-jurídica.

Como já ficou antes referido (*vide supra*, 1.), a jurisprudência nacional tem hesitado em qualificar como ilícita uma decisão que, tendo sido revogada pelo tribunal *ad quem*, se situa dentro da esfera das soluções defensáveis para a questão jurídica colocada. Impressiona-a em particular a existência de decisões contraditórias de instâncias superiores e a possibilidade de uma sentença do tribunal *a quo* poder ser confirmada ou revogada consoante a maioria que se forme na instância de recurso – parecendo inadmissível que duas sentenças perfilhando idêntica orientação

pudessem ser qualificadas, uma, como lícita, e outra, como ilícita. Na realidade, porém, o que existe na atividade judicante não é a ilicitude, objetivamente considerada, mas *juízos sobre a ilicitude*, afirmações de ilicitude. À *praxis* jurídica não interessa propriamente saber se um ato é lícito ou ilícito, mas sim saber quem pode dizer, e em que circunstâncias, que um determinado ato é lícito ou ilícito. Aliás, tal ideia é compatível com a valorização, ou sobrevalorização, dos critérios orgânico-funcionais de legitimação da sentença, típica dessa jurisprudência. Em suma, a revogação assenta num juízo de ilicitude relativamente à sentença do tribunal *a quo*, ilicitude essa que, porém, só poderá relevar em sede indemnizatória em casos extremos.

Já antes da Lei de 2007 a jurisprudência confluía, com acentuações diversas, numa orientação de tolerância em relação aos erros judiciários comuns, fazendo depender o reconhecimento de um dever indemnizatório da prolação de uma decisão “inadmissível e fora dos cânones minimamente aceitáveis” (Acórdãos do STJ de 8/7/1997, Proc. n.º 97A774, e de 20/10/2005, Proc. n.º 5B2490), uma vez que o erro de direito como fundamento de responsabilidade civil deveria ser “grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária” (Acórdãos do STJ de 31/3/2004, Proc. n.º 3155/03, e de 18/7/2006, Proc. n.º 6A1979).

A fórmula legislativa da ilegalidade (ou inconstitucionalidade) *manifesta* apela à evidência do erro de julgamento, em virtude de a solução adotada extravasar, sem margem para dúvida, dos limites marcados pelas diversas técnicas de interpretação e aplicação do Direito. Por outras palavras, a solução atingida não é razoavelmente defensável, por não se apoiar em qualquer critério técnico reconhecido na comunidade dos operadores jurídicos.

O apelo aos padrões de interpretação e aplicação cognoscíveis na comunidade dos especialistas evita que se chegue ao patamar excessivo de exigir que o erro seja aferível pelos leigos, por recurso a critérios não técnicos, de senso comum.

Nestes termos, será relevante para efeitos indemnizatórios uma decisão que aplique uma norma expressamente revogada ou declarada inconstitucional com força obrigatória geral, sem restrição de efeitos; ou uma norma caducada pelo decurso de um prazo nela enunciado; ou uma norma estrangeira sem elementos de conexão com a causa; ou uma mera recomendação constante de um ato jurídico sem eficácia vinculativa. Mas constitui também uma ilegalidade manifesta desconsiderar a falta de quórum de

um órgão colegial; contar como corridos os prazos do procedimento administrativo inferiores a seis meses; dar prevalência à norma ordinária interna sobre a norma comunitária; absolver da instância sem convidar o autor a suprir ou corrigir deficiências ou irregularidades da petição; não explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão de ato devido com conteúdo discricionário ou análogo; etc.

A relevância indemnizatória do erro na apreciação dos factos que baseiam a decisão judicial é igualmente colocada num limiar elevado, correspondente ao “erro grosseiro”. Trata-se também aqui de um conceito plástico, difícil de delimitar nos seus contornos, dada a exuberante diversidade e complexidade das situações da vida que se pede ao juiz para valorar: a exigência não pode ser a mesma, *v.g.*, nos casos em que urge realizar um juízo de prognose póstuma e nos casos padronizados acessíveis às regras elementares de experiência comum; não pode ser a mesma nos casos sujeitos a uma evolução dificilmente previsível e nos casos em que a factualidade relevante está definida estavelmente. De todo o modo, deve considerar-se grosseiro o erro quando, atentas as circunstâncias do caso concreto, a decisão não é justificada em face dos seus pressupostos de facto efetivamente existentes por se verificar entre a realidade fáctica e a apreciação do julgador uma desconformidade claramente inaceitável em face dos padrões de diligência, ponderação, razoabilidade e prudência exigíveis a um juiz médio.

Ao limitar a relevância indemnizatória do erro às situações em que a decisão viola manifestamente o padrão legal ou carece de justificação por erro grosseiro de apreciação dos factos, a lei dá uma resposta adequada às consabidas dificuldades e condicionalismos próprios da atividade do juiz. As lacunas e imperfeições da lei, as divergências interpretativas, as inelimináveis dificuldades de acesso aos factos, todos estes fatores podem decerto conduzir a um juízo de ilicitude sobre a decisão, mas não conduzem só por si a um erro judiciário para efeitos indemnizatórios, dados os elevados limiares de relevância consagrados na lei.

E nas situações excepcionais em que o erro de direito ou de facto ultrapasse esse limiar de relevância por razões alheias ao incumprimento dos deveres de diligência e zelo exigíveis ao julgador, sempre se obstará à constituição de um dever de indemnizar por invocação da inexistência do pressuposto da culpa. De facto, na normalidade das situações, a violação manifesta da lei ou a apreciação dos factos grosseiramente errónea está

associada a um comportamento censurável do juiz (cfr. ELIZABETH FERNANDEZ, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*, CJA, 88, julho-agosto de 2011, pp. 18-19). Mas uma vez demonstrado que as especificidades da situação conduziram a que a sentença deva ser qualificada como um facto ilícito não culposo, falece um pressuposto indispensável à emergência de responsabilidade civil por erro judiciário.

Situações deste tipo são configuráveis quando o juiz é induzido pela conduta, negligente ou dolosa, das próprias partes a realizar uma apreciação dos factos gravemente deficiente. A solução, que aflora para o erro judiciário penal no n.º 2 do artigo 225.º do Código de Processo Penal, assenta aqui no instituto da culpa do lesado. Como resulta da regra geral do artigo 4.º do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos, não haverá então responsabilidade civil, ou – caso se entenda existir também culpa do juiz – a indemnização será reduzida. A solução genérica do artigo 4.º não coincide neste ponto com o regime específico da privação de liberdade por decisão imbuída de erro grosseiro, previsto no referido artigo 225.º, n.º 2, uma vez que a norma processual penal afasta totalmente a indemnização no caso de culpa do lesado, não parecendo atender à gravidade da eventual culpa do juiz.

O juiz também pode ser induzido em erro por peritos, em cujas conclusões funde a decisão. Haverá aqui que distinguir. Se a perícia contiver erros grosseiros de apreciação, a evidência desses erros deveria impor-se ao próprio juiz: logo, a decisão que se funde na perícia enferma de erro grosseiro de apreciação e verificam-se os pressupostos da ilicitude e da culpa. Já se a incorreção técnica da perícia não for grosseira, a subsequente decisão não constitui erro judiciário.

O artigo 4.º do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos prevê expressamente um caso típico de culpa do lesado, com particular significado na responsabilidade por erro judiciário, a saber, a não utilização pelo lesado da “via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo”. Na generalidade das situações, resulta daqui um ónus de interposição de recurso da sentença afetada por erro judiciário, na perspetiva da sua revogação. Caso não tenha reagido contra a sentença, podendo fazê-lo, o lesado ficará sujeito, em sede de ação de responsabilidade civil, a que a existência e extensão do direito indemnizatório fique dependente da apreciação da culpa inerente à sua inércia e das consequências dela resultantes. Questão

conexa é a de saber se o direito indemnizatório, atento o disposto no n.º 2 do artigo 13.º, fica afetado na sua consistência também nos casos em que o recurso não seja possível e a decisão danosa não venha, pois, a ser revogada (*vide infra*, 3.).

Acrescente-se, ainda, que a prolação de uma sentença enfermando de erro judiciário qualificado, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º, acompanhado da inerente culpa, não dispensa a efetiva causação de danos. Por grave e intolerável que o erro judiciário se revele, só há responsabilidade civil se provocar danos, nos termos gerais. É duvidoso que se possa transpor para o erro judiciário a solução aplicada na jurisprudência aos danos morais por atraso na prolação da sentença. A perturbação e o incómodo especificamente devidos à prolação de uma sentença que incorra em erro judiciário não são, ou não são necessariamente, superiores às de qualquer outra sentença desfavorável.

### 3. A exigência de prévia revogação da decisão danosa

Um pressuposto adicional da responsabilidade civil por erro judiciário é a prévia revogação da decisão danosa, no próprio processo em que foi proferida.

A fórmula legal é significativa: “O pedido de indemnização deve fundar-se na prévia revogação da decisão danosa...” Uma vez que a indemnização é por erro judiciário, parece que a revogação – em que o pedido indemnizatório se funda – também deve ter sido devida a um vício de julgamento do tribunal *a quo* qualificável como erro judiciário. Se for devida a qualquer outra causa, não poderá fundar um pedido de indemnização por erro judiciário, pois uma qualquer ilegalidade da sentença não é suficiente só por si para constituir um erro judiciário (*vide supra*, 2.). A revogação – tendo de ser por erro judiciário – não será, assim, um pressuposto processual (ELIZABETH FERNANDEZ, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário*, cit., pp. 19-20), mas uma das condições da ação (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª. ed., cit., p. 276, nota 483).

O pedido indemnizatório refere-se, pois, aos danos causados por uma sentença que já foi revogada, porque não se quer que uma decisão judicial coexista no ordenamento jurídico com uma outra que a qualifica, embora incidentalmente, como um facto ilícito.

Os fundamentos últimos desta solução já foram anteriormente expressos e criticados (*vide supra*, 1.). Ligam-se eles a uma conceção restritiva quanto à admissibilidade e extensão da responsabilidade

por erro judiciário, assente na ideia de que a decisão judicial, pela prerrogativa de declarar o direito que aplica, é necessariamente conforme a esse direito. Ligar a essa decisão efeitos indemnizatórios só pode logicamente ocorrer no quadro de uma responsabilidade por factos lícitos ou então mediante a sua prévia revogação, uma vez que a sentença se tornaria inválida quando submetida ao juízo desconforme do tribunal *ad quem*, a quem compete agora enunciar o padrão legal. Acresceria como argumento a necessidade de evitar desvalorização do caso julgado, uma vez que, sem revogação prévia, o tribunal da ação de indemnização apreciaria a solução dada por uma sentença já transitada e qualificá-la-ia como ilícita – situação especialmente incómoda quando a sentença danosa tiver sido proferida por um tribunal supremo.

Na realidade, a existência no ordenamento jurídico de ações de indemnização por erro judiciário – expressamente impostas pela Constituição, no âmbito penal – traduz, à semelhança dos recursos, a partilha por vários órgãos judiciais da prerrogativa de “dizer o que diz o Direito”. No caso dos recursos, essa prerrogativa é exercida pelo tribunal *ad quem* para apreciar a título principal a sentença recorrida e decidir se a revoga, eliminando assim o título jurídico dos efeitos a que ela ia destinada. Por outras palavras, o juízo de ilicitude da sentença é proferido na perspetiva da revogação desta. No caso da ação de indemnização, a prerrogativa é exercida para efetuar um juízo meramente incidental sobre a sentença danosa, apreciada enquanto mero facto – significando isto que a sentença permanece incólume, assim como os efeitos a que vai destinada. O juízo limita-se estritamente à questão de saber se a sentença pode ser qualificada como um facto ilícito para efeitos indemnizatórios.

A diversidade de pedidos e de causas de pedir no processo em que foi proferida a sentença danosa e no processo indemnizatório, assim como a frequente diversidade de partes, afastam por outro lado os receios quanto à violação do caso julgado. Este só poderá ficar em causa nas situações-limite em que através da ação de indemnização dos danos causados pela sentença se vise atingir resultados análogos aos que resultariam da revogação, esvaziando os efeitos produzidos – situações-limite estas em que a ação indemnizatória não pode ser admitida.

A situação é no essencial análoga à que está expressamente prevista no artigo 38.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. O “caso decidido” de um ato administrativo inimpugnável impede a propositura de uma ação dirigida a

eliminá-lo, mas não de uma ação de indemnização ou de qualquer outra em que a ilegalidade do ato seja conhecida apenas “a título incidental”, salvo se esta visar “obter o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável” (*vide supra*, 1.).

Mais grave, todavia, do que a carência de fundamentos sólidos para a solução consagrada no n.º 2 do artigo 13.º é o facto de esta norma estar em contradição com regras de direito constitucional e de direito da União Europeia.

A contradição resulta, em primeiro lugar, do facto de uma decisão poder reunir todos os requisitos para ser qualificada como erro judiciário e, todavia, o sujeito lesado não poder obter o ressarcimento dos danos causados aos seus direitos pela circunstância de tal decisão não poder ser objeto de recurso – o que pode ocorrer devido a um conjunto variado de razões, mais ou menos fortuitas, como o valor da alçada ou da sucumbência, a existência de uma lei que exclui o recurso daquela categoria de decisões ou o facto de a sentença ter sido proferida pela instância suprema.

Assim, duas decisões materialmente idênticas podem gerar ou não gerar dever de indemnizar por erro judiciário consoante o valor da causa ou o tribunal que as tenha proferido. Um dos lesados obtém o ressarcimento dos danos sofridos e o outro não, sem que se descortine um fundamento atendível para semelhante diferenciação de tratamento. O problema, aliás, pode ampliar-se à comparação entre decisões que não sejam idênticas: perante uma sentença que viola manifestamente a lei e outra que incorre em erro grosseiro na apreciação dos factos, a circunstância de uma ser sujeita a recurso, ao invés da outra, não constitui critério atendível para indemnizar os danos causados por uma e recusar a indemnização dos danos da outra (cfr. ELIZABETH FERNANDEZ, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário*, cit., p. 22).

Acresce que tal solução redundaria numa imunidade concedida às decisões dos tribunais supremos – e aos respetivos juízes, isentos assim de responsabilização indireta (artigo 14.º) – cuja justificação material não se descortina.

Em suma, da norma do n.º 2 do artigo 13.º resulta uma violação do princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º), por força do tratamento discriminatório imposto aos lesados que sofrem danos causados por erros judiciários correspondentes a sentenças que, por um ou outro motivo, não podem ser objeto de recurso.

Por outro lado, a atribuição de uma indemnização constitui uma das principais formas estabelecidas no ordenamento jurídico para garantir a efetiva tutela dos direitos lesados pelo facto danoso.

Retirar ao titular dos direitos a via indemnizatória de reparação da sua esfera jurídica por circunstâncias estritamente processuais, e até nalguns casos fortuitas, significa uma restrição injustificada do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional (artigo 20.º da Constituição) – tanto mais chocante quanto o dano sofrido não resulta de ilicitudes comuns, mas de ilegalidades manifestas e de erros grosseiros, imputáveis precisamente aos órgãos a quem a Constituição comete a tarefa de proteger os direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 202.º, n.º 2). Pode compreender-se que a lei faça depender a plenitude da tutela conferida de um comportamento processual diligente do lesado, impondo-lhe o ónus de eliminar a fonte dos efeitos danosos: mas já carece de toda a justificação que lhe recuse essa tutela quando é o próprio legislador que impõe o ónus que depois impede a revogação da sentença. E ainda aqui impressiona a desproteção por regra imposta às vítimas dos erros judiciários cometidos pelos tribunais supremos.

Assim, também por violação do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional a norma do n.º 2 do artigo 13.º deve ser considerada inconstitucional.

Não menos flagrante é a violação do direito da União Europeia, sempre que o erro judiciário afete direitos conferidos por esse ordenamento jurídico. Como atrás se expôs, a violação do direito da União por parte dos órgãos estaduais, incluindo os tribunais, gera responsabilidade dos Estados, desde que exista uma violação grave e manifesta de uma norma que atribua direitos aos particulares e se verifique um nexo de causalidade entre a violação da norma e o dano sofrido. Não é admissível, à luz da jurisprudência do Tribunal da Justiça, que os Estados estabeleçam, designadamente nos casos de responsabilidade por erro judiciário, exigências adicionais para a constituição do dever de indemnizar, como o dolo ou a culpa grave do julgador – ou como o ónus de prévia revogação da sentença danosa (*vide supra*, 2.).

Deve frisar-se, aliás, que esta jurisprudência foi desenvolvida a partir de decisões transitadas em julgado dos tribunais supremos dos Estados – precisamente os casos em que a tutela perante o erro judiciário concedida pelos ordenamentos nacionais se revela mais frágil e contingente (como sucede no Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos). Por isso, mesmo no caso paradigmático de um erro judiciário que vicia uma decisão com força de caso julgado proferida por um tribunal supremo em violação grave e manifesta de normas comunitárias,

deve ser admitida e julgada, sem quaisquer requisitos adicionais, uma ação de indemnização proposta contra o Estado no tribunal competente para a causa, *maxime* um tribunal de primeira instância.

A esta solução não obsta o regime que hoje se dispõe na alínea f) do artigo 771.º do Código de Processo Civil, prevendo um recurso de revisão da sentença transitada em julgado que seja “inconciliável com a decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”. A norma tem sentido prático no caso, designadamente, das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mas na ordem jurídica comunitária, os particulares não dispõem de legitimidade para desencadear um processo dirigido a uma decisão jurisdicional que afete diretamente os Estados (e que seria proferida no quadro de uma ação de incumprimento ou de um reenvio prejudicial). Em todo o caso, o ponto essencial é que não lhes pode ser imposto como condição de ressarcibilidade dos danos resultantes de violação manifesta e grave de normas comunitárias por uma decisão judicial a interposição de tal recurso extraordinário de revisão (cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, cit., esp. pp. 86 ss).

Decorre assim do exposto que a norma do n.º 2 do artigo 13.º não deve ser aplicada pelos tribunais. Não deve ser aplicada, porque nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar normas que violem a Constituição (artigo 204.º da Constituição). E não deve ser aplicada no caso específico das ações destinadas a efetivar a responsabilidade do Estado por violação do direito da União Europeia ainda porque a tal se opõe esse ordenamento, impondo aos Estados a desaplicação das normas nacionais que o contrariem (princípio do primado).

#### 4. O erro judiciário penal

A norma do n.º 1 do artigo 13.º inicia-se por uma ressalva, tendo por objeto as situações de erro judiciário do domínio da legislação penal, sujeitas aí a um regime específico. Aliás, foi relativamente às decisões da jurisdição penal que a responsabilidade por erro judiciário se impôs no ordenamento positivo e obteve, inclusivamente, base constitucional própria: o artigo 27.º, n.º 5, referente à privação da liberdade inconstitucional ou ilegal e o artigo 29.º, n.º 6, sobre a condenação penal injusta. Como já ficou referido (*vide supra*, 1.), foi a especial relevância dos bens afetados pela justiça penal que se entendeu justificar a atenuação do rigor

com que tradicionalmente se defendia a autoridade do caso julgado e a irresponsabilidade por erro judiciário.

Aliás, a responsabilidade por privação ilegal da liberdade não corresponde, rigorosamente e em toda a extensão, à responsabilidade por erro judiciário, uma vez que o ato que decreta a privação da liberdade pode não ser uma decisão do juiz, mas do Ministério Público e até de entidades policiais, como se prevê nos artigos 255.º e 257.º do Código de Processo Penal (*vide* anotações ao artigo 12.º).

Nos termos do artigo 225.º do Código de Processo Penal, a privação de liberdade indemnizável corresponde a situações de detenção, prisão preventiva e de obrigação de permanência na habitação decretadas em violação da lei (situações identificadas no n.º 1 do artigo 220.º e no n.º 2 do artigo 222.º do mesmo Código, para que o preceito remete) ou com erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto ou ainda quando venha a comprovar-se que o arguido não foi agente do crime ou agiu justificadamente.

Os dois primeiros casos aproximam-se dos previstos no regime geral do erro judiciário, disposto no artigo 13.º Significativamente, a nova redação do artigo 225.º, dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, abandonou a fórmula anterior – “prisão preventiva que, *não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada* por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto” –, o que parece traduzir o reconhecimento de que o erro grosseiro de apreciação dos factos constitui também ele uma ilegalidade e que a privação de liberdade “injustificada” é, na realidade, ilícita.

O regime hoje contido na norma do n.º 2 do artigo 13.º tem vigorado, segundo a jurisprudência constitucional dominante, no âmbito dos processos de indemnização por privação de liberdade, entendendo-se que a prévia eliminação da decisão que a decretou é necessária para o reconhecimento do direito à indemnização (*vide*, entre outros, os Acórdãos n.º 90/84, Proc. n.º 82/83, e n.º 71/05, Proc. n.º 1051/04). Porém, a tese oposta – e preferível (*vide supra*, 4.) – tem obtido acolhimento crescente, primeiro em votos de vencido (*vide* o referido Acórdão n.º 71/05, Proc. n.º 1051/04), e depois na formação de maiorias (Acórdão n.º 184/2007, Proc. n.º 699/06).

Na declaração de voto no Acórdão n.º 71/05, Proc. n.º 1051/04, o Conselheiro BRAVO SERRA (com adesão do Conselheiro ARTUR MAURÍCIO) afirmou incisivamente que “não existe, ao menos por ora, na legislação ordinária, regra da qual se extraia que, para efeitos de uma demanda de indemnização ao Estado em virtude

de privação de liberdade, tenha de haver pronunciamento, pelo foro criminal, da ilegalidade dessa privação, pronunciamento esse que, assim, atuaria como «pressuposto» da demanda”.

A constitucionalidade da norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal tem sido abundantemente discutida, por limitar a responsabilidade civil às situações em que se comprove a inocência do arguido, excluindo as situações de absolvição baseadas no princípio da presunção de inocência. Porém, a tese da inconstitucionalidade foi rejeitada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/2010, Proc. n.º 826/2008, e no Acórdão do STJ de 11/1/2011, Proc. 1268/03.6TBPMS.L1.S1 (ambos tirados com votos de vencido).

No n.º 2 do artigo 225.º prevê-se expressamente uma situação de concorrência de culpas, afastando o direito à indemnização nos casos em que o arguido tenha, dolosa ou culposamente, contribuído para a privação da liberdade. Parece excessivo e, logo, de difícil compatibilidade com a Constituição afastar completamente a indemnização, sem efetuar qualquer ponderação relativa da gravidade das culpas do responsável e do arguido (como é determinado na norma genérica do artigo 4.º do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos).

Têm sido formuladas dúvidas de constitucionalidade relativamente à exigência de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto, sublinhando que ela não está acolhida na Constituição e que não foi consagrada na lei ordinária para os casos de condenação penal injusta (artigo 462.º do Código de processo Penal), a qual não envolve necessariamente privação de liberdade (*vide* a declaração de voto do Conselheiro HÉLDER ROQUE, no Acórdão do STJ de 11/1/2011, Proc. 1268/03.6TBPMS.L1.S1).

A indemnização por condenação penal injusta, a que se refere o artigo 462.º do Código de Processo Penal, é atribuída na sequência de um recurso de revisão, com os fundamentos previstos no artigo 449.º do mesmo Código. Quem obtiver, em recurso, a revisão da sentença que injustamente o condenou tem ainda o direito a ser ressarcido pelos danos decorrentes dessa condenação e a obter a devolução do que pagou a título de custas e multas. O reconhecimento do direito à indemnização é feito, assim, pelo próprio tribunal que reuiu a sentença, que é tribunal penal.

De alguma forma à semelhança do que sucede em relação ao regime disposto no n.º 2 do artigo 225.º do Código de Processo Penal, não é isenta de dúvidas a compatibilidade constitucional da inexistência de indemnização nos casos de absolvição meramente

parcial ou de reconhecimento do carácter excessivo da condenação (*vide* CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 256 e nota 440).

Segundo o disposto no n.º 2 do artigo 462.º do Código de Processo Penal, a indemnização incumbe ao Estado, que fica subrogado nos direitos do arguido contra os responsáveis. A norma tem de ser interpretada em conjugação com o artigo 14.º do Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos: se a sentença que proferiu a condenação injusta constituir ela própria um crime, há responsabilidade pessoal do juiz, que aqui responde perante o Estado, subrogado nos direitos do lesado; se não constituir um crime, haverá direito regresso, mas só em caso de dolo ou culpa grave (*vide* anotações ao artigo 14.º).

LUÍS FÁBRICA