

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito: Lições do Direito Português

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

Tudo quanto aumenta a liberdade, aumenta a responsabilidade.

Victor Hugo

Sumário

1. Introdução. 2. Panorama Normativo acerca da Responsabilidade Extracontratual do Estado. 2.1. Influência do Direito Comunitário Europeu. 2.2. Direito Constitucional Português. 2.3. A Lei nº 67/2007 (RRCEE). 3. Parâmetros da Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos de Má Administração da Justiça. 4. Responsabilidade dos Magistrados do Ministério Público. 5. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito. 5.1. Revistas e Buscas. 5.2. Interceptação de Comunicações Telefônicas. 5.3. Prisão Preventiva. 6. Considerações Finais. Bibliografia.

1. Introdução

É sabido que o exercício de funções institucionais pelos magistrados do Ministério Público, nomeadamente na área criminal, pode afetar profundamente a vida de quaisquer cidadãos. A efetuação de diligências em inquérito, a constituição de um investigado como arguido e a apresentação de acusação perante o juiz constituem providências do Ministério Público que, ao tempo em que operacionalizam um exercício de soberania do Estado, também atingem frontalmente direitos e interesses individuais. SANTOS (2010:3), citando ARDANT, recorda que a função jurisdicional é a última barreira de arbítrio do Estado. E essa barreira, na história do direito positivado, vem paulatinamente sofrendo abalos, conquanto os atos jurisdicionais ou administrativos praticados por magistrados tendem a ser cada vez mais questionados em diferentes planos jurídicos. Pensamos que, nesse tocante, o grande desafio consiste em promover um equilíbrio entre o exercício soberano da jurisdição e o resguardo de direitos individuais.

Com efeito, o comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Nessas circunstâncias, indaga-se se o Estado tem que recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos ao lesado por sua ação

* Promotor de Justiça no Estado do Ceará, Brasil, Professor na FANOR – Faculdades Nordeste, em Fortaleza, Brasil, e Doutorando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra, Portugal.

ou abstenção lesiva. O problema da responsabilidade civil do Estado reside, pois, na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada responsabilidade contratual, que vem fixada e se resolve com base nas cláusulas do próprio contrato, ou de responsabilidade criminal, bastando dizer que as pessoas jurídicas públicas não cometem infrações penais, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam vir a perpetrá-las. Também não diz respeito à obrigação de indenizar, que compete ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação. Cuida-se, isto sim, da responsabilidade patrimonial do Estado, também conhecida como responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos. A expressão “responsabilidade civil do Estado” exprime melhor a ideia de que o dano pode advir também de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos. Por outro lado, a palavra “civil” não significa, em absoluto, que a matéria vem regulada pelo direito privatístico, mas sim, que o Estado deve satisfazer a devida reparação econômica. Essa responsabilidade, tal como ocorre no direito privado, traduz-se na obrigação de reparar os danos patrimoniais causados a terceiros, e se exaure com a satisfação ou pagamento da correspondente indenização, já que não é possível, em relação aos atos do Ministério Público no processo criminal, a perfeita recomposição da situação jurídica do lesado, uma reconstrução do *status quo ante*.

No direito português, a Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, revogou o antigo DL nº 48051, de 27 de novembro de 1967, que tratava da responsabilidade civil extracontratual do Estado em matéria administrativa, e, principalmente, acrescentou alguns poucos, porém, impactantes dispositivos referentes às funções jurisdicional e legislativa, tornando mais abrangente e completa a prescrição normativa contida no art. 22 da Constituição da República Portuguesa. Enfim, é o estatuto normativo básico sobre a matéria. Por força de disposição expressa, a lei prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas coletivas de direito público (art. 2º, nº 2, RRCEE). De outra banda, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto naquele texto, em tudo aquilo que não esteja previsto em lei especial (art.1º, nº 1, RRCEE).

Ao dispor sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, a legislação portuguesa alcança todos os magistrados, tanto os judiciais quanto os do Ministério Público. Explica-se o tratamento igualitário em razão da estrutura orgânica da magistratura em Portugal. Dito de outro modo, o Ministério Público português é condômino do exercício das funções jurisdicionais, muito embora sob certas singularidades e pertencendo a um corpo institucional autônomo em relação ao dos juízes. O objeto deste trabalho, convém assinalar, está circunscrito à responsabilidade

civil extracontratual do Estado por danos causados pelo Ministério Público no exercício de suas funções institucionais no processo criminal e, em especial, na fase do inquérito. Por isso, não se vai adentrar nos aspectos processuais da responsabilização do Estado ou dos atos que, no processo criminal, mais propriamente cabem aos juízes de instrução. Buscando o objetivo de conferir estrutura orgânica à apresentação do tema, o texto vem dividido em três partes: a primeira cuida dos aspectos gerais da responsabilidade extracontratual do Estado; a segunda diz respeito à responsabilidade pessoal dos magistrados do Ministério Público e o direito de regresso do Estado; e, finalmente, a terceira parte destaca situações importantes em atos de inquérito que podem ensejar a responsabilidade do Estado.

CANOTILHO e MOREIRA (2007:433), ao comentar a redação do art. 22, da CRP, afirmam que a responsabilidade dos Estados-Membros exige uma violação particularmente qualificada de uma norma comunitária diretamente aplicável, restando saber, então, se é admissível a exigência de que a norma, ao conferir direitos aos particulares, implique necessariamente que seja provida de efeitos diretos e aplicabilidade imediata no plano da comunidade europeia. A aproximação do tema, portanto, deve principiar pela abordagem acerca do ordenamento comunitário.

2. Panorama Normativo acerca da Responsabilidade Extracontratual do Estado

2.1. Influência do Direito Comunitário Europeu

FONSECA (2008:52) lembra que o Estado não pode escolher entre prestar e indenizar: ele tem o dever de prestar, sem olvidar que a justiça também é uma prestação, e deve indenizar, se a prestação for omitida ou irregularmente realizada. O tema, em verdade, é complexo e envolve uma difícil equação entre a independência judicial e a responsabilidade por atos danosos. O texto constitucional estabelece que os tribunais são órgãos de soberania (art. 202, nº 1, CRP), encontrando-se sujeitos apenas à lei (art. 203, CRP). E essa subordinação à lei há de ser entendida não mais como o juiz na condição de mero tradutor do texto, mas de agente que, no resultado de esforços interpretativos lastreados na Constituição e em seus valores e princípios fundamentais, confere sentido vivificado à norma. Em certa medida, o mesmo raciocínio se aplica ao magistrado do Ministério Público, sobremaneira quando ele é responsável pela consecução de atos processuais, isto é, a direção do inquérito no processo criminal.

Como pano de fundo, tem-se a aura de respeitabilidade que cobre as atividades judiciais. Na seara administrativa, sempre houve mais facilidade de encontrar soluções capazes de recompor os direitos do cidadão lesado por algum ato do Estado. Na dimensão legislativa, e naquilo que mais importa neste trabalho, jurisdicional, a realidade é diversa. Prover a justiça, afinal, é uma atividade que tem potencialidade para repercutir de modo duradouro no patrimônio e na vida do cidadão. Como veremos adiante, a legislação portuguesa dedica atenção especial, por exemplo, à

reparação dos danos oriundos da privação ilegal da liberdade, a ponto de se cogitar, na doutrina, também a responsabilização do Estado quando o processo criminal resulta em absolvição. Para ser mais exato, o só fato de alguém se ver na condição de arguido e, portanto, sujeito à mão forte do Estado na persecução penal traz consequências capazes de lesar direitos e interesses fundamentais. Há, sobretudo, uma série de implicações quando se propugna a reparação de um dano provocado no âmbito de um processo judicial. Isso tem que ver, por exemplo, com a reformulação conceitual da coisa julgada e o desfazimento de atos processuais. Não se pode deixar de registrar que a natureza inquisitiva da primeira etapa do processo criminal reforça a percepção de que a atuação do Estado pode gerar danos.

O desenvolvimento de ideias acerca do tema ganhou impulso, desde logo, num espectro mais amplo, isto é, no direito comunitário europeu. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, já prescrevia o direito a um processo equitativo. No texto da norma, qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Na esfera criminal, nos termos da Convenção, o acusado tem, como *standard* mínimo, os seguintes direitos: (a) ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; (b) dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; (c) defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (d) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; (e) fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender (art.6º, CEDH). E se o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (art.41º, CEDH).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem deixou para a legislação nacional a tarefa de normatizar a reparação de danos. Mas, segundo SILVEIRA (2008:430), foi somente no Acórdão Francovich, de 1991, que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia se pronunciou, explicitamente, sobre a existência de um princípio de responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito da União Europeia. Nessa decisão, o Tribunal de Justiça forneceu os elementos para que os particulares afetados pelo incumprimento do direito da União Europeia por parte do Estado-Membro o pudessem responsabilizar judicialmente. E o Tribunal fê-lo, portanto, sem que qualquer norma o previsse expressamente. Por isso, o Tribunal de Justiça fez repousar os fundamentos da responsabilidade do Estado no princípio da lealdade europeia, previsto no art. 10º do Tratado da Comunidade.

Algum tempo depois, a Convenção de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, veio preconizar o direito a uma boa administração. Nesse sentido, estabelece que todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Este direito compreende, destacadamente: (a) o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; (b) o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; (c) a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. Além disso, todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros (art. 41º, CDFUE). Tem-se aqui algo que vai para além do acesso formal à justiça. A prestação de serviços da administração, e a da justiça em particular, deve ser eficiente, mediante tratamento imparcial, equitativo e dentro de um prazo razoável. A inobservância desse balizamento no exercício, por exemplo, das funções jurisdicionais que se revela causador de danos à pessoa implica o reconhecimento de um direito de reparação.

Adverte SILVEIRA (2008:433) que, todavia, no Acórdão Köbler, de 2003, a questão da responsabilidade adquirira novos contornos, na medida em que trazia à colação a responsabilidade do Estado-juiz – e não mais do legislador ou da administração como já se tinha tornado habitual. Deste modo, o Tribunal de Justiça teve de combater alguns dos argumentos persistentemente invocados quando está em causa a responsabilidade do Estado-juiz. Considerou que o reconhecimento do princípio da responsabilidade do Estado por atos ou omissões de um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância não põe em perigo a autoridade do caso definitivamente julgado. Isto porque um processo destinado a responsabilizar o Estado não tem o mesmo objeto e não envolve necessariamente as mesmas partes que o processo que deu origem à decisão que adquiriu a autoridade de caso definitivamente julgado. Com efeito, o demandante numa ação de indemnização contra o Estado obtém, em caso de êxito, a condenação deste no ressarcimento do dano sofrido, sem que seja posta em causa a autoridade do caso definitivamente julgado da decisão judicial que gerou o dano. O Tribunal de Justiça também rechaçou o argumento assente na independência do juiz – na medida em que, segundo esclareceu, não estaria em questão a responsabilidade do juiz, mas a responsabilidade do Estado. Num traçado paralelo ao direito português, como lembra GOMES (2010:266), é forçoso observar que a responsabilidade do Estado por violação do direito europeu em ato oriundo de órgão da função jurisdicional só recentemente recebeu aceitação, mas, ainda assim, subordinado ao requisito do erro manifesto. Ora, consta no item nº 70 das conclusões no Acórdão do caso Köbler, registrado por SILVEIRA (2008:434):

Resulta das exigências inerentes à proteção dos direitos dos particulares que invocam o Direito Comunitário que os mesmos devem ter a possibilidade de obter, junto de um órgão jurisdicional nacional, ressarcimento do prejuízo causado pela violação destes direitos por uma decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância.

Acrescenta SILVEIRA (2008:438-9) que, no Acórdão *Brasserie du Pêcheur/ Factortame*, de 1996, o Tribunal de Justiça entendeu que o Estado-Membro é obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao particular em decorrência do incumprimento do Direito da União, desde que a norma jurídica violada confira direitos aos particulares, a violação seja suficientemente caracterizada e exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelo particular. Vale lembrar que uma norma europeia provida de aplicabilidade direta é aquela que dispensa a sua transposição para a ordem jurídica interna, enquanto uma norma europeia de efeito direto é aquela que pode ser invocada pelo particular perante as autoridades públicas independentemente de ter sido ou não transposta. Para que o Estado-Membro seja responsabilizado basta, portanto, que a norma violada implique a atribuição de direitos aos particulares e que o conteúdo desses direitos seja suficientemente preciso. Todavia, essa construção jurisprudencial ainda não se mostrava suficiente para efetivar, em sua plenitude, o direito de reparação do cidadão lesado por atos judiciais.

2.2. Direito Constitucional Português

O direito português, premido pela conjuntura da comunidade europeia, também passou a disciplinar ele próprio essa matéria. Em verdade, a Constituição da República Portuguesa, de 1976, é a primeira carta nacional a tratar diretamente da responsabilidade extracontratual do Estado. Diz o seu art. 22º:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art.22º, CRP).

Na visão de CANOTILHO e MOREIRA (2007:425), este é um dos preceitos constitucionais que mais dúvidas tem suscitado nos planos dogmático, metódico e metodológico. Em primeiro lugar, coloca-se o problema de saber qual o objeto de proteção. Objeto de proteção, segundo os autores, devem considerar-se, desde logo, os direitos, liberdades e garantias lesados por acções ou omissões dos titulares de órgãos,

funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas. Em segundo lugar, pergunta-se pelo sentido jurídico-constitucional do instituto da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas. A localização deste instituto em sede constitucional significa que ele não transporta apenas uma lógica indenizatória-ressarcitória decalcada na responsabilidade do direito civil. A responsabilidade conexas-se, desde logo, com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes como o princípio do Estado de direito (arts. 1º e 2º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4º) e o princípio da igualdade (art. 13º). Mas a responsabilidade dos poderes públicos garante substancialidade jurídico-constitucional, sobretudo como um direito de defesa, legitimador de pretensões indenizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

COSTA E SILVA (2010:44-9) qualifica o modelo adotado pela CRP como algo atípico. Ele também entende que, pela primeira vez, se afirma uma responsabilidade universal do Estado: este deixa de ser, regra geral, irresponsável, para passar a ser um ente responsável pelas atuações dos titulares dos seus órgãos. No entanto, indiciando um aparente reforço das garantias do lesado – para além do agente – responde, ainda, o autor do ato lesivo – o art. 22º acaba por revelar um modelo de responsabilidade diverso daquele que constitui a atual opção dogmática em sede de responsabilidade da pessoa coletiva pelos atos dos titulares dos seus órgãos: aquela – e não estes – é diretamente responsável pelos atos dos titulares dos seus órgãos, ainda que estes sejam ilícitos. A solução do art. 22º parece tomar em consideração o regime processual então vigente. Uma vez que este ancorava a responsabilidade por danos causados pelo exercício da função jurisdicional ao magistrado, a Constituição, aumentando as garantias do lesado, limitou-se a estender a obrigação de indenizar ao Estado. Naquele momento, entretanto, a responsabilidade extracontratual do Estado permanecia adstrita à alçada administrativa. SANTOS (2010:9-10) registra decisão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de novembro de 1990, acerca de danos causados em processo criminal, no sentido de que o preceito constitucional apontaria apenas para a responsabilidade decorrente da função administrativa. Utilizou-se o argumento de que a Constituição prevê uma disciplina legal a aplicar especificamente a tipos de atos danosos, geradores de responsabilidade do Estado, em termos mais restritos e porventura até contrários àqueles estabelecidos no dispositivo do art. 22º. Mas, para GOMES (2010-2:219-20), a amplitude da forma do art. 22º – “ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções” – permite abranger não apenas a atividade do julgador, *in judicando*, mas identicamente toda a atividade acessória e complementar, desempenhada por este, por magistrados do Ministério Público e por funcionários judiciais.

A responsabilidade civil do Estado é um instituto que se coloca como garantia, embora de natureza secundária, dos cidadãos. É uma proteção jurídica dos particulares contra as ações lesivas levadas a cabo pelos poderes do Estado (SANTOS, 2010:18). O *topos* do dispositivo constitucional indica que se trata de um princípio geral dos direitos fundamentais do cidadão, um verdadeiro sobreprincípio, articulado com várias

outras normas que condensam valores constitucionais. A natureza principiológica dessa norma constitucional não afasta, contudo, sua feição de direito subjetivo. Afinal, não se está diante de uma mera liberalidade do Estado no reconhecimento de um erro de seus agentes e funcionários que causa danos ao cidadão.

Mas o reconhecimento da responsabilidade do Estado não significa que os funcionários e agentes públicos que agem em nome do Estado sejam, eles próprios, irresponsáveis. O art. 271º, da CRP, consagra o princípio da responsabilização dos funcionários e agentes da administração pública por ações ou omissões resultantes do exercício da função administrativa. Nesse sentido:

1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica. 2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. 3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime. 4. A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

O art. 22º, da CRP, trata da responsabilidade administrativa, jurisdicional e político-legislativa, ao passo que o art. 271º cuida exclusivamente da responsabilidade pelo exercício da função administrativa. E como se vê, a responsabilidade por danos causados na função jurisdicional é do Estado, mas a ele assiste o direito de regresso contra os agentes e funcionários públicos. A questão, pois, reside em saber: (a) o detalhamento das circunstâncias, por normas infraconstitucionais, em que a responsabilidade extracontratual do Estado se dá por atos da função jurisdicional e, por isso, em que medida o dispositivo constitucional se revela autoaplicável; (b) em que circunstâncias cabe o direito de regresso do Estado contra o magistrado do Ministério Público.

O texto trata de violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. A terminologia empregada carrega uma imensa força normativa. Em princípio, poder-se-ia entender a prescindibilidade de ocorrência de prejuízo, aqui tomado como um dano material ou patrimonial, para o cidadão, bastando a violação por si mesma de direitos, liberdades e garantias.

Em suma, do art. 22º, da CRP, por sua complexidade, pode fazer-se uma leitura gradativa que vai de um patamar minimalista – estabelece o princípio da responsabilidade direta das pessoas coletivas públicas por fatos ilícitos – passando por um degrau intermédio – onde se articula com os artigos 271º e 261º, nº 1, da CRP, e disciplina o exercício do direito de regresso relativamente a atos e omissões ilícitas graves cometidas por funcionários – até alcançar um nível maximalista – que impõe, em regra, para atos e omissões ilícitos, a responsabilidade solidária (nas relações externas) e a responsabilidade objetiva em caso de dano anormal – onde se reflete particularmente o princípio do Estado de Direito e o princípio da igualdade na justa repartição dos encargos públicos (GOMES, 2010-2:221).

2.3. A Lei nº 67/2007 (RRCEE)

O DL nº 48051, de 27 de novembro de 1967, disciplinava apenas a responsabilidade civil extracontratual do Estado em matéria administrativa. Somente com o advento da Lei nº 67/2007, ainda que de maneira menos abrangente, em comparação com o regime aplicável sobre os agentes administrativos, alcançou-se a responsabilidade também por atos da função jurisdicional. A Lei nº 67/2007, a quem doravante chamaremos simplesmente de Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – RRCEE, está dividida em cinco capítulos. O Capítulo I trata das disposições gerais, mas nem todas elas incidem sobre a responsabilidade por atos da função jurisdicional. De qualquer modo, o art. 1º diz que a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na própria lei, porém, em tudo o que não esteja previsto em lei especial. E, sem prejuízo do disposto em lei específica, o mesmo diploma regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício. Nesse ponto, não se pode deixar de registrar que há lei especial para cuidar da responsabilidade pessoal dos magistrados do Ministério Público e que será objeto de análise em outra parte deste trabalho.

Para efeito de responsabilização, correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. Acrescente-se que as disposições são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes. O art. 2º, por sua vez, dispõe que são considerados especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

No que toca a prescrição do direito à indenização, por força do art. 5º, do RRCEE, seja por responsabilidade civil extracontratual do Estado, como também das demais

pessoas coletivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes e, além disso, o direito de regresso, estabelece-se que tudo isso prescreve de acordo com o disposto no disciplinamento similar do Código Civil. Desse modo, o direito de indenização se esvai no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assiste, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do fato danoso. Entretanto, se o fato ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, prevalece o prazo prescricional criminal (art. 498º, CC). Aplica-se, convém dizer, o mesmo regramento do Código Civil em matéria de suspensão e interrupção da prescrição. Entendemos que, na realidade de um processo criminal, em que pode acontecer, por exemplo, uma escuta telefônica clandestina bastante duradoura, trata-se de um prazo razoável, a considerar, no entanto, a possibilidade de dilação do prazo se o fato também constitui infração penal.

O Capítulo II cuida da responsabilidade do Estado por atos administrativos, mas ali também se encontram parâmetros importantes para uma correta interpretação das normas atinentes à responsabilidade por atos jurisdicionais. Com efeito, o art. 12º prevê que, salvo o disposto nos artigos seguintes, isto é, os arts. 13º e 14º, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Importa ressaltar, desde logo, que a expressão “função jurisdicional” contida no texto normativo não há de ser compreendida em sentido estrito, isto é, alcançando somente os atos do juiz, até porque o art. 14º faz referência expressa ao Ministério Público. Principalmente, em razão da posição ocupada pelo Ministério Público no processo criminal.

Finalmente, o Capítulo IV traz regras sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes da função legislativa, ao passo que o Capítulo V, de artigo único, cuida da indenização por sacrifício. Neste trabalho, interessa-nos o Capítulo III, onde se contêm apenas dois dispositivos, aqueles que tratam da responsabilidade do Estado por danos causados em atos da função jurisdicional. Talvez porque o intérprete tem em mãos não mais do que poucas regras específicas e, a considerar a necessidade, por força da própria lei, de balizamento a partir das normas incidentes sobre os atos administrativos, mas, sobretudo, a força normativa do art. 22º, da CRP, surgem variados problemas hermenêuticos acerca da maior amplitude ou, em reverso, redução do campo de responsabilidade do Ministério Público.

3. Parâmetros da Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos de Má Administração da Justiça

Em decorrência da amplitude da norma constitucional, a responsabilidade extracontratual do Estado pode advir de uma pluralidade de atos correspondentes a uma má administração da justiça e que venham a causar lesão a direitos do cidadão. Tanto na esfera da administração judiciária, isto é, dos assuntos administrativos apenas

obliquamente ligados à jurisdição, como na do exercício de funções jurisdicionais, a responsabilidade se origina de atos ilícitos propriamente ditos e de atos que, sob uma terminologia própria, são intitulados de erro judiciário. O erro judiciário, por sua vez, alcança também uma variedade significativa de atos do juiz ou do magistrado do Ministério Público, e abrange a prolação de sentença condenatória injusta e a privação ilegal de liberdade. Ocorre que, por conta da gravidade dessas duas espécies de ilicitude, a legislação, nesses dois casos, disciplina regimes específicos para caracterização da responsabilidade do Estado. Mas, de qualquer modo, sobreleva nosso interesse pela privação injustificada da liberdade, haja vista a participação do Ministério Público, no contexto do desempenho de suas funções no processo criminal.

Nesse cenário normativo, evidencia-se que a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados através da função jurisdicional vem assentada em alguns importantes parâmetros. O primeiro deles é o de que o regime dos danos ilicitamente causados pela administração da justiça toma como fonte primária o regime mais geral da responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Desse modo, o regime incidente sobre o Ministério Público recorre aos conceitos já existentes para a função administrativa em geral, como o de reconhecimento dos elementos identificáveis do dano, prescrição, responsabilidade solidária de agentes e assim por diante. Alguns desses aspectos serão analisados logo adiante. Nesse ponto, FONSECA (2008:53-4) assinala que é uma cláusula geral de remissão, no domínio da responsabilidade por fatos ilícitos, que se extrai do art. 12º e, desde logo, ele aponta a crítica de uma amplitude que, para ele, seria demasiada, cabendo no ilícito um sem número de situações, ligadas à administração da justiça, com intervenientes vários: juízes, magistrados do Ministério Público e funcionários de justiça. Pensamos de modo diverso. A amplitude do texto se justifica pela necessidade de abranger toda a complexidade de atos da administração da justiça, em muitos aspectos diferentes dos atos administrativos em geral. Todos os agentes ou autoridades judiciárias podem ser alcançados porque, em maior ou menor grau, têm participação nos atos processuais ou em vistas de um processo judicial. Os atos processuais, em regra, são complexos. A remissão ao regime dos atos administrativos significa tão somente que as regras gerais são tomadas em empréstimo, naquilo que for aplicável. E, reproduzindo a lição de FIGUEIREDO DIAS, GASPARI (2001:14), recorda que, no processo penal, o Ministério Público funciona como uma espécie de ponte entre a administração da justiça e a função judicial em sentido estrito.

O segundo está amalgamado no art. 13º da lei, que condensa a responsabilidade civil por erro judiciário, em sentido amplo, abrangendo privação ilegal da liberdade e a sentença condenatória injusta, que possuem normativos específicos, derivado de decisões jurisdicionais causadoras de dano, tidas pela lei como decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais, mas também, injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato. É de pensar se a decisão a que se refere a norma estaria efetivamente adstrita à decisão judicial ou se abrange também a decisão do Ministério Público em atos de inquérito, por exemplo, apresentar uma acusação contra o arguido pela prática de uma conduta que sequer está revestida de tipicidade.

Aos regimes especiais existentes e diretamente filiados na Constituição (art. 27º, nº 5) – sentença penal condenatória injusta e privação injustificada da liberdade (arts. 225º e 226º e 461º a 463º, CPP) – o RRCEE, segundo GOMES (2010:262), acrescentou expressamente quatro outros segmentos de dano indenizável: (a) prática de atos materialmente administrativos ilícitos no decurso do *iter* processual (art. 12º); (b) violação do direito à prolação de uma decisão em prazo razoável (art. 12º); (c) incursão em ilegalidade ou inconstitucionalidade manifesta na decisão prolatada (art. 13º, nº 1); (d) incursão em erro manifesto de apreciação de pressupostos de fato na decisão prolatada (art. 13º, nº 1). Para GOMES, tem-se ainda: (e) incursão em erro grave e manifesto na interpretação ou aplicação de direito da União Europeia. Todos esses tópicos serão abordados, em modo contextualizado, isto é, nos atos de inquérito, na parte final do trabalho.

Mas o magistrado do Ministério Público só é pessoalmente responsável, sem prejuízo da responsabilidade criminal, quando age com dolo ou culpa grave. Nos demais casos, a responsabilidade é exclusiva do Estado. Há situações particulares: (1) responsabilidade do Estado por atos da função jurisdicional, incluindo casos de atraso na prolação da decisão (art. 22º, CRP), com respeito pelo princípio da irresponsabilidade direta dos magistrados do Ministério Público, e portanto, afastamento da solidariedade externa (art. 14º, nº 1, RRCEE); (2) responsabilidade do Estado por erro judiciário: exclusiva, se por falta leve; solidária com o magistrado, a efetivar em regresso, se com dolo ou negligência grosseira (arts. 13º, nº 1 e 14º, nº 1, RRCEE); (3) desdobramento em relação aos atos administrativos praticados dentro do processo criminal.

Por ora, ocupemo-nos dos elementos essenciais de caracterização da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos da função jurisdicional. São eles: ação ou omissão lesiva, natureza ilícita do ato, da qual se presume a culpa leve do agente, existência de dolo ou culpa grave do magistrado do Ministério Público, isto para o caso de direito regressivo do Estado, e o nexó de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo e a lesão.

Como salientado algures, os critérios válidos para a responsabilidade por atos administrativos não pode incidir da mesma maneira sobre a função jurisdicional em razão do princípio constitucional da independência do juiz e, em menor grau, isto é, como autonomia, do magistrado do Ministério Público. O desafio, pois, consiste em promover um equilíbrio entre a independência judicial e a responsabilização civil. Nesse sentido, tem-se que só há responsabilidade do Estado por ato da função jurisdicional se concorrentes alguns elementos: (1) o erro, de direito ou na apreciação dos pressupostos de fato, for manifesto; (2) o erro deve ser detectado no decurso do processo e (parcialmente) reparado por um tribunal superior, em via de recurso, por exigência da regra do art.13º, nº 2, do RRCEE; (3) só há possibilidade de responsabilização do julgador se o erro tiver sido cometido com dolo ou culpa grave; (4) a responsabilização efetiva do julgador depende não só da qualificação, em ação de responsabilidade, do erro como manifesto, mas, sobretudo, do exercício do direito de regresso, a decidir pelo Conselho Superior. Os mesmos critérios são válidos para o Ministério Público.

FONSECA (2008) entende que ao erro grosseiro liga-se a ideia de culpa grave, na medida em que a decisão jurisdicional em causa reflete uma diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontram obrigados os juízes em razão do cargo, na ótica do art. 8º, nº 1. Ora, esta norma, atinente à função administrativa, dispõe que os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

O RRCEE também cuida de conceituar a ilicitude do ato jurisdicional. Num sentido bem amplo, dispõe que se consideram ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. Além disso, também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, como tal entendido quando, atendendo as circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos. Assim, o Estado também é responsável quando o dano não tenha resultado do comportamento concreto de um magistrado ou funcionário do Ministério Público determinado, mas deve ser atribuído a um funcionamento anormal do serviço (art.7º, nº 3 e 4 e art. 9º, RRCEE). Porém, mesmo com o conceito tão amplo de ilicitude da ação, a responsabilização se torna mais difícil por causa da caracterização do dolo ou culpa grave.

A terceira condição de responsabilização do julgador reside na qualificação da falta como envolvendo dolo ou culpa grave. Como já mencionado, o pedido de indenização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. Isso é um reflexo da independência judicial e, na prática, reduz significativamente o campo de incidência da espécie de responsabilidade de que ora se cuida. Assim, depois de se aferir, em sede de recurso e por decisão transitada em julgado, a ilicitude da conduta – e, eventualmente, mas não forçosamente, a ostensividade do erro, de direito ou de facto – e de o lesado propor ação de responsabilidade contra o Estado na qual haja condenação por erro manifesto, caberá ao Estado exercer o regresso contra o juiz ou magistrado do Ministério Público, após prévia autorização do Conselho Superior. O problema que se coloca aqui é saber em que sede se estabelece a falta grave ou dolosa: na ação de responsabilidade proposta pelo lesado contra o Estado, na qual o juiz não é parte e não pode defender-se; pelo Conselho Superior, que não tem poder jurisdicional, apenas administrativo; ou na ação de regresso. A última hipótese parece ser a única cabível.

O dolo há de consistir na vontade deliberada de realizar o ato lesivo. Já a culpa deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor. Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a

existência de culpa leve na prática de atos jurídicos (processuais, no caso) ilícitos. E, para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância, algo que é muito peculiar aos atos do Ministério Público em inquérito, muitas vezes delegados aos órgãos de polícia criminal. Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o regime disposto no Código Civil sobre responsabilidade solidária. Nessa hipótese, o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis (art. 10º, RRCEE e art. 497º, CC). Mas, se houver culpa concorrente do próprio lesado para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída (art. 4º, RRCEE).

Finalmente, a responsabilidade extracontratual do Estado estará configurada se houver nexo de causalidade entre a ação ou omissão do magistrado ou funcionário do Ministério Público e a lesão suportada pelo cidadão. É preciso estabelecer um liame, de natureza lógico-racional, entre esses dois elementos identificáveis na realidade.

A má administração da justiça compreende, sobretudo, o erro judiciário. Ora, o erro judiciário é um dos problemas mais tormentosos da ciência jurídica e um conceito de difícil definição. O sistema de justiça é acionado porque se busca uma solução justa e juridicamente acertada para a efetivação de direitos. No entanto, podemos dizer que o erro judiciário é uma má subsunção do fato à norma em vigor, consistindo num equívoco de perspectiva ou uma falsa percepção dos fatos. Trata-se, enfim, de uma injustiça qualificada.

Quanto aos juízes, o art. 216º, nº 2, da CRP, consagra a irresponsabilidade judicial, em deferência ao princípio institucional da independência do juiz. Entretanto, permite a disposição, através de lei, de situações excepcionais de afastamento da irresponsabilidade. Nesse sentido, estabelece que “os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas na lei”. A matéria, como já se vê, está regulada no RRCEE. No art. 219º, nº 4, a CRP traz disposição diversa em relação ao Ministério Público.

O erro judiciário pode apresentar-se de diversas formas. Todavia, parece razoável sustentar que é mais evidente e estimulante para a busca de indenização quando incide em matéria criminal, nomeadamente a prisão ilegal e a sentença condenatória injusta. Já são conhecidos os casos, nos EUA, de cidadãos condenados a penas de prisão perpétua ou mesmo de morte que, passados muitos anos e com a disponibilização de novos meios de prova, como os exames de material genético, têm, afinal, sua responsabilidade criminal afastada e são libertados.

O RRCEE dispõe, em seu art. 13º, que, 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 respectivos pressupostos de facto. Todavia, o pedido de indenização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. O n.º 2, do art. 13.º, do RRCEE exige como condição para se propor a ação de responsabilidade a prévia revogação da decisão que causa lesão. Essa revogação funciona como um pressuposto processual que tem de estar verificado sob pena de absolvição do réu na instância (SANTOS, 2010:58).

Sobre o termo “manifestamente”, ligado às palavras “inconstitucionais ou ilegais”, GOMES (2010:267-8) entende que esta terminologia tende a estreitar as hipóteses de responsabilização por fato da função jurisdicional, uma vez que remete para noções com uma conotação precisa no ordenamento jurídico, cuja verificação dificulta a operacionalidade do instituto da responsabilidade. A autora questiona: como, afinal, detecta-se uma inconstitucionalidade/ilegalidade à margem do sistema de fiscalização de constitucionalidade? E a que Tribunal cabe a ‘rotulagem’ de tal inconstitucionalidade/ ilegalidade como ‘manifesta’? Mais: trata-se de inconstitucionalidade/ilegalidade da decisão – como a letra do preceito indica – ou de inconstitucionalidade/ilegalidade da norma aplicada? Se da última se cuidar, estaremos ainda dentro do âmbito da responsabilidade por fato da função jurisdicional ou, antes, perante um caso de responsabilidade por facto da função legislativa? Estas são questões ainda a desabrigo de resposta.

De qualquer modo, o erro tem que se detectado no âmbito do processo em que a decisão lesiva é prolatada, necessariamente por um tribunal superior, em recurso ordinário, ou, na sequência de incidente de inconstitucionalidade/ilegalidade, para o Tribunal Constitucional.

Lembra GOMES (2010:271) que, não forçando a jurisprudência no Tribunal de Justiça uma revisão formal do caso julgado contrário ao direito da União Europeia, dela resulta, em contrapartida, a necessidade de assegurar a tutela do lesado contra decisões errôneas – mesmo que o caso julgado não fique formalmente afetado, ou seja, subsista a par de uma indenização compensatória ao lesado. Ora, como se vê, a exigência de prévia revogação decorrente do n.º 2 do art. 13.º do RRCEE entra em rota de colisão com este desígnio.

Aqui se distingue do erro judiciário porque trata da má gestão ou administração das coisas da justiça. Como já se viu, o cidadão tem direito a uma prestação jurisdicional em prazo razoável. A demora no serviço prestado pelo sistema de justiça pode também ocasionar danos. Nesse sentido, o TEDH vem levando em conta, como elementos de aferição da duração de um processo judicial, a natureza da causa, o comportamento do requerente, a importância do objeto da causa para o demandante e, convém frisar, o comportamento das autoridades competentes (SANTOS, 2010:47). Lembra GASPAR (2004:101) que, uma vez concluídas as diligências próprias da investigação criminal, é dever do Ministério Público pronunciar-se decisoramente sobre o valor probatório do resultado do inquérito. O inquérito possui prazo para sua conclusão. E a extrapolação

injustificada desses prazos pode acarretar danos ao arguido ou mesmo a terceiros. Até a chegada desse momento, muitos atos são realizados dentro do inquérito pelo próprio Ministério Público, pelo juiz da instrução ou pelos órgãos de polícia criminal, por delegação do Ministério Público e que igualmente podem lesar direitos.

4. Responsabilidade dos Magistrados do Ministério Público

A CRP atribui ao Ministério Público a competência de “representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como (...) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática” (art. 219º, nº 1, CRP). O Ministério Público representa o Estado, muito embora com funções variadas e distintas, tanto quanto o Judiciário, e, também por isso, tem-se a organização das carreiras como uma magistratura. Os membros do Ministério Público portugueses “são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” (art. 219º, nº 4, CRP). Reflexo de tal subordinação hierárquica é o poder do Ministro da Justiça consistente em “requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço” ou “solicitar ao Procurador-Geral da República inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal” (art. 80, alíneas c e e, Lei nº 47/1986). No entanto, para amenizar tão forte vinculação, “os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-lo com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica” (art. 79, nº 2, Lei nº 47/1986). Como acentua CANOTILHO (1998:596), em termos constitucionais, o Ministério Público é um órgão do poder judicial, e embora hierarquicamente subordinados, os agentes do Ministério Público são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais que os coloca numa posição de sujeição à lei equiparável às dos juízes. Logo, pode-se dizer que, sob tal conjuntura jurídico-institucional, os magistrados do Ministério Público, no exercício de suas funções, também se mostram em situação de capacidade de causar danos a terceiros.

Em outros trechos deste trabalho, fizemos referência à responsabilidade pessoal dos magistrados, tanto judiciais quanto do Ministério Público, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado. Para recapitular, em caso de culpa leve do magistrado do Ministério Público, e fora das hipóteses específicas e com regulamentação própria de prisão ilegal e de erro judiciário, a responsabilidade pelos danos causados é exclusiva do Estado. Entretanto, como dispõe o art. 14º, do RRCEE, “sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles. A decisão de exercer o direito

de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça". A parte introdutória do RRCEE alterou a redação do art. 77, da Lei nº 47/1986, Estatuto do Ministério Público e que correspondia, antes da reforma empreendida pela Lei nº 60/1998, ao art. 56,, acrescentando a expressão "em caso de dolo ou culpa grave". Nesse sentido, tem-se que "fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada, mediante acção de regresso do Estado, em caso de dolo ou culpa grave". E ao ressaltar os casos de responsabilidade criminal, o texto da lei faz referência aos crimes contra a administração da justiça capitulados no Código Penal.

Agora tratemos do direito de regresso. O art. 14º, nº 2, do RRCEE prevê que a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça. GOMES entende que a autorização do Conselho Superior sobre a ação de regresso se inclui num juízo de oportunidade. MESQUITA entende que se trata de uma competência vinculada (2010:427). O art. 6º, do RRCEE, diz que o exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar. E acrescenta que, para tais efeitos, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa coletiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso. Nesse sentido, a letra da lei seria morta se essa autorização fosse facultativa, algo discricionário. FONSECA (2008:56) coloca a situação de maneira tal que, para ele, esta norma suscita perplexidades, sobretudo, em conjugação com o art. 6º, que estatui ser obrigatório o exercício do direito de regresso e determinando o nº 2 que "a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso". E a perplexidade estaria em que o nº 2 do art. 14º faz caber a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados "a órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça". Como conciliar a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso com uma, pelo menos aparente, discricionariedade do "órgão competente para o exercício do poder disciplinar", para decidir sobre o exercício do direito sobre os magistrados? Será que aquele órgão pode obstar ao exercício do direito de regresso, ou, então, nada decidir?

De toda sorte, o legislador não esclarece como é que se deve conjugar o dolo ou a negligência grave com o montante a pagar ao Estado a título de direito de regresso sobre os magistrados. Na Itália, se o magistrado agiu com culpa grave, o montante a ser pago por este ao Estado não pode ser superior a um terço do salário anual. No entanto, se incidiu em dolo, tal limitação não se verifica e o magistrado é obrigado a reembolsar o Estado na totalidade do montante pago (SANTOS, 2010:68).

5. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito

Na legislação processual penal portuguesa, o inquérito já é uma fase processual, antecedente à instrução, se houver. Neste ponto, importa dizer que o Ministério Público, porque componente da carreira da magistratura, é a instituição com competência para dirigir o inquérito (art. 53, nº 2, alínea *b* e art. 263, nº 1, CPPP). Os órgãos de polícia criminal até possuem atribuição, em caráter cautelar, para colher, por iniciativa própria, notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, podendo chegar a deter pessoas, para além de praticar os atos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (art. 55º, nº 2, c/c arts. 249, 251, 252 e 252-A, CPPP). Mas o controle da investigação criminal, na fase do inquérito, está a residir no órgão do Ministério Público, constituindo esse controle uma das notas características mais relevantes do sistema acusatório português (art. 56 e art. 263, nº 2, CPPP). Em contrapartida, tal atribuição traz consigo a necessidade de que o Ministério Público esteja adequadamente aparelhado para cumprir seu papel, dirigindo efetivamente, se não todos, a maior parte dos inquéritos existentes, sob pena de desvirtuação do sistema. Com efeito, são variados os atos que o Ministério Público português pode realizar no inquérito, todos eles destinados ao atingimento da finalidade desta etapa processual, a saber, a investigação da existência de um crime, a determinação de seus agentes e sua responsabilidade e a descoberta e coleta de provas, a fim de que possa decidir sobre a acusação (art. 262º, nº 1, CPPP). Alguns atos investigatórios, excepcionalmente, são direcionados pela lei ao juiz de instrução, por força da imperiosa necessidade de garantia de direitos fundamentais (art. 269º, CPPP), e aos órgãos de polícia criminal, por delegação do próprio Ministério Público (art. 270º, CPPP).

No inquérito, praticam-se variados atos, que podem ter natureza administrativa ou jurisdicional. De qualquer modo, a responsabilidade extracontratual do Estado ou do próprio magistrado do Ministério Público pode configurar-se em ambos os casos. Com efeito, a expressão “administração da justiça” contida no art. 13º, do RRCEE, abrange os atos materialmente administrativos dos serviços do sistema de justiça e os atos jurisdicionais em sentido próprio.

Dito isto, consigne-se que, no inquérito, o Ministério Público tem a faculdade de realizar diversas diligências. Afora aquelas reservadas ao juiz de instrução, para melhor proteção de direitos fundamentais do arguido, o Ministério Público também pode delegar algumas diligências à polícia criminal, exceto o recebimento de depoimentos ajuramentados, a ordem para efetivação de perícias, o ato de assistir a exame suscetível de ofensa ao pudor de uma pessoa, além de quaisquer outros atos que a lei repute exclusivos do Ministério Público (art. 270º, nº 2, CPP). Neste trabalho, pretendemos permanecer adstritos a três providências: revistas e buscas, interceptação de comunicações telefônicas e prisão preventiva. Esta opção se explica pela elevada recorrência dessas medidas no processo criminal e, nomeadamente, pela gravidade da restrição imposta a direitos fundamentais do cidadão, portanto, com grande potencialidade de causar danos.

5.1. Revistas e Buscas

Revistas e buscas são meios de obtenção de prova em processo penal. A revista incide sobre o corpo da pessoa. Por sua vez, a busca é realizada num lugar reservado ou não livremente acessível ao público. Em ambos os casos, há restrição aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade.

Em regra, a revista pode ser determinada pelo Ministério Público, mediante despacho, quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova no processo criminal. O magistrado do Ministério Público que subscreve o despacho é o responsável pelos termos da diligência e, por essa razão, sempre que possível, deve presidir a realização do ato (art. 174, CPP). A ausência do magistrado do Ministério Público à diligência, sem justificativa plausível, pode configurar culpa grave. A cautela imposta pela lei se explica exatamente pela necessidade de que a presença do magistrado do Ministério Público venha a inibir eventuais excessos na execução da diligência, uma vez consideradas as múltiplas formalidades de que a lei a cerca. Por sua vez, é ordenada busca quando houver indícios de que tais objetos, o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público.

Trata-se de uma providência a também exigir a observância de algumas formalidades. Nesse sentido, antes de se proceder à revista, é entregue ao visado, salvo em situações especiais, cópia do despacho que a determinou, no qual se faz menção de que aquele pode indicar, para presenciar a diligência, pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga. Sobretudo, a revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado (art. 175, CPP). No que respeita à busca, antes de sua efetuação, também é entregue, salvo também em situações particulares, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, contendo as mesmas advertências aplicáveis à revista (art. 176, CPP). A busca domiciliária exige cautelas ainda mais específicas (art. 177, CPP). Normalmente, as duas diligências são realizadas em conjunto.

Entretanto, podem ocorrer vícios que maculam não somente a validade da prova obtida através dessas diligências como também geram danos ao particular e, por conseguinte, a responsabilização civil do Estado ou quiçá a do magistrado do Ministério Público, a depender da presença de dolo ou culpa grave. Se presente à diligência, eventuais ocorrências imprevistas devem ser reportadas ao magistrado do Ministério Público, haja vista que os órgãos de polícia criminal agem sob a sua orientação e, portanto, decorrerá de sua decisão a constatação de que tenha havido dolo ou culpa. Lembre-se a execução de revista ou busca com coação ou ofensa à integridade física ou moral do visado, isto é, aquela pessoa que ocupa o lugar e o utiliza para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito. As eventuais lesões corporais, danos patrimoniais ou ofensas psíquicas são reparáveis.

5.2. Interceptação de Comunicações Telefônicas

A interceptação de comunicações telefônicas também é um meio de obtenção de prova que atinge diretamente os direitos fundamentais de privacidade e intimidade. O Código de Processo Penal português, por conta de sua modernidade, disciplina a coleta de elementos de prova através de escutas telefônicas (arts. 187 a 190, CPPP), e de igual maneira, com bastante rigor em suas formalidades de execução, sob pena de nulidade (art. 190, CPPP). Por isso, as hipóteses de cabimento estão restritas a situações expressamente previstas em lei, exige-se prévia autorização judicial, em decisão fundamentada e motivada na imperiosa necessidade da medida, e não se prescinde da intervenção do Ministério Público, tanto na iniciativa de requerimento como para acompanhar a execução da diligência, esta, por sua vez, atribuída à polícia judiciária e, finalmente, determina-se a destruição de qualquer material coletado que se revele irrelevante para o processo.

De acordo com a legislação portuguesa, observa-se que estão sujeitos à medida apenas o suspeito ou arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido e, ainda, vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido. Existe, inclusive, vedação expressa de interceptação da comunicação entre o arguido e seu advogado, salvo se o juiz se convencer de que o teor da conversa é objeto ou elemento de crime (art. 187, n° 4 e 5, CPPP). A interceptação pode ser autorizada pelo prazo de até três meses, renovável por períodos sujeitos aos mesmos limites, desde que permaneçam presentes os requisitos de admissibilidade (art. 187, n° 6, CPPP).

Não é difícil imaginar que, na dinâmica de uma sociedade midiaticizada, escutas telefônicas venham a ser realizadas com graves defeitos de autorização, atinjam terceiros em nada implicados no inquérito, ultrapassem o período permitido por lei ou ganhem as portas da publicidade irrestrita. Em todas essas situações, porque o inquérito é conduzido pelo Ministério Público e a diligência tem sua supervisão, os danos causados ao cidadão trazem a relevo a responsabilidade extracontratual do Estado.

5.3. Prisão Preventiva

Encerramos nossa abordagem sobre a responsabilidade extracontratual do Estado com aquela que, à luz da legislação portuguesa, talvez seja a mais recorrente e, ao mesmo tempo, pungente ação do Estado sobre o indivíduo no âmbito do processo criminal. A CRP estatui que todos têm direito à liberdade e à segurança. Ainda, que ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança, excetuando-se a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, em alguns casos, como, por exemplo, detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos. De qualquer modo, toda a pessoa

privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos. O texto constitucional determina, finalmente, que a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer (art. 27, CRP).

No Acórdão n° 90/84, O TCP concluiu que, encontrando-se sob reserva de lei o direito à indemnização aí previsto, deteria o legislador, quanto à conformação do seu exercício, uma larga margem de liberdade, só limitada pela proibição de aniquilamento do conteúdo essencial do direito, limitação essa que apenas deferiria ao Tribunal a possibilidade de controles de evidência. Como, naquele caso, não seria evidente tal aniquilamento, decidiu-se afinal que essa norma não merecia qualquer censura constitucional.

Nesse sentido, a prisão preventiva encontra as hipóteses de admissibilidade expressamente elencadas em lei (arts. 202 e 203, CPP). Desse modo, quem tiver sofrido prisão preventiva ou até mesmo detenção ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando: (a) a privação da liberdade for ilegal; (b) a privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato de que dependia; ou (c) se comprovar que o arguido não foi o agente do crime ou atuou justificadamente. Todavia, à exceção da primeira hipótese, o dever de indenizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação de sua liberdade (art. 225, CPP). O arguido conta com o prazo de um ano, contado a partir do dia em que foi libertado ou o processo criminal respectivo foi decidido em definitivo, para pleitear indemnização (art. 226°, n° 1, CPP). O prazo é razoável e não foi julgado inconstitucional, nos termos do Acórdão n° 247/2002, do TCP.

Sobre a privação injustificada da liberdade, no Acórdão n° 12/2005, o TCP não julgou inconstitucional a norma contida no n° 2, do art. 225, do CPP, na parte em que faz depender a indemnização por prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada da existência de um erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato de que dependia. Este requisito, decerto, pode estreitar as hipóteses de responsabilização, a depender, por óbvio, da jurisprudência a ser construída em torno da matéria.

PINTO DE ALBUQUERQUE (2011:641-3) ressalta que a Lei n° 48/2007 introduziu, como novo fundamento de indemnização, a comprovação no processo criminal de que o arguido não foi o agente do crime ou atuou justificadamente. Logo, e como já entendeu o TCP no Acórdão n° 185/2010, o Tribunal cível poderá recusar indemnização sempre que não se tiver comprovado que o arguido não foi agente do crime ou atuou de modo justificado à vista da lei penal, isto é, sempre que o Tribunal tenha absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo* ou por força da incidência de causa extintiva da responsabilidade criminal diversa da justificação do ato. O autor defende que esse dispositivo é inconstitucional, por violar o comando do art. 32°, n° 2, da CRP, sob o argumento de que, em verdade, o TCP não enfrentou a questão do estado presuntivo de inocência e ignorou a vasta jurisprudência europeia sobre o assunto.

Nesse contexto, VEIGA (2004:57) entende que é insuficiente a consagração legal exarada no art. 225°, do Código de Processo Penal, precisamente para os casos

em que à aplicação de tal medida coativa sobrevenha, na sentença final, a absolvição do arguido em face do valor primordial da liberdade que deverá caber salvaguardar num Estado de Direito. Pelo que a única resposta tranquilizadora será a de, nestas situações, não se excluir, de imediato, qualquer hipótese indenizatória, como o faz, até hoje, o legislador ordinário, evitando dessa forma que o Estado, quando com a aplicação da prisão preventiva provoca danos, mesmo que ao abrigo de atuações lícitas, possa lavar daí as suas mãos, deixando o lesado sem reparação.

6. Considerações Finais

Apesar do avanço consistente na saída do período do *king do no wrong*, ainda falta muito para que o Estado possa ser efetivamente responsabilizado por erros cometidos pelo seu sistema de justiça. A exposição de motivos do RRCEE refere a uma opção arrojada, consistente na entronização da responsabilidade do Estado por atos da função jurisdicional em nível infraconstitucional. Não se trata disso, mas não deixa de ser um importante avanço.

O regime em vigor é predominantemente subjetivo, com alguns poucos momentos de objetividade. De regra, o ato no inquérito que ilicitamente causa danos ao cidadão enseja a responsabilidade extracontratual do Estado se houver, pelo menos, culpa leve, também conhecida como erro grosseiro, do magistrado do Ministério Público. Se houver dolo ou culpa grave, o Estado desfruta de direito de regresso contra ele e, portanto, a pessoa do magistrado do Ministério Público pode ser chamada a arcar com as consequências.

Não há interpretação possível do art. 22, da CRP, senão a de que a responsabilidade extracontratual do Estado abrange também a função jurisdicional. Já havia tendência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia nesse sentido. Afinal, a função jurisdicional é atividade do Estado e, como tal, possui potencialidade lesiva, nomeadamente, na alçada da justiça criminal, cujas ações impõem constrangimento à liberdade individual. O RRCEE veio atender essa prescrição constitucional, porém, percebe-se a existência de requisitos normativos que, na prática, podem obstar a responsabilização do Estado.

Ora, a legislação parece recorrer a argumentos como o do respeito à coisa julgada em nome da segurança jurídica e a disponibilidade das vias recursais para reforma de uma decisão injusta e, portanto, potencialmente danosa para justificar maior cautela na responsabilização, mesmo que do Estado, e não apenas dos magistrados judiciais ou do Ministério Público, por atos lesivos praticados no exercício da função jurisdicional.

O texto do art. 13, nº 2, do RRCEE, procura preservar a imagem da magistratura, tanto a judicial quanto a do Ministério Público, e exige a revogação da decisão por um tribunal superior para que se busque a responsabilização do Estado. Além disso, visa salvaguardar o princípio da intangibilidade do caso julgado, sobretudo, no plano material, na medida em que não se promove uma reformulação da decisão, mas

apenas a recomposição dos danos causados pela decisão. Logo, deixa-se de aplicar a regra geral, quanto à função administrativa, segundo a qual quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 3º, nº 1, RRCEE). A barreira ainda não sofreu um abalo tão pungente.

No processo criminal, diligências de revistas, buscas e escutas telefônicas ou a decretação de prisão preventiva constituem atos de elevada potencialidade lesiva, todos eles sob a supervisão ou intervenção do Ministério Público, cuja posição institucional na ação penal está atrelada à legalidade democrática. O conjunto de formalidades legais dessas providências, ao mesmo tempo em que busca maior grau de proteção aos direitos individuais, gera maior número de oportunidades de violação desses mesmos direitos e, por conseguinte, de responsabilização do Estado. Mas isso não afasta a necessidade de que seja fomentada uma jurisprudência portuguesa capaz de reforçar ou mesmo ampliar as matrizes já estabelecidas no âmbito da comunidade europeia.

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA E SILVA, Paula. A Ideia de Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário: The King Can Do (No) Wrong. *Revista O Direito*, ano 142, vol. I, 2010, p. 39-80.

GASPAR, Jorge. Titularidade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido. *Separata da Revista do Ministério Público*, nº 87/88, Lisboa, 2001.

GOMES, Carla Amado. ABC da (Ir)Responsabilidade dos Juizes no Quadro da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro. *Scientia Juridica*, Universidade do Minho, Tomo LIX, nº 322, abr-jun/2010, p. 261-277.

_____. A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito: Reflexões Avulsas sobre o Novo Regime da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro. *Revista Julgar*, nº 5, mai-ago/2008, p. 73-98.

_____. A Responsabilidade do Estado por Actos Materialmente Administrativos Praticados no âmbito da Função Jurisdicional no Quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. *In: Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010 (2), p.219-232.

FONSECA, Guilherme da. A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional (em Especial, o Erro Judiciário). *Revista Julgar*, nº5, mai-ago/2008, p.51-57.

MARÇALO, Paula. *Estatuto do Ministério Público Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MESQUITA, Maria José Rangel de. O Novo Regime da Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, II, Lisboa, 2010, p. 415 e ss.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código de Processo Penal: À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

SANTOS, Idalécio Roberto. *Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010.

SILVEIRA, Alessandra. A Responsabilidade do Estado-Juiz por Violação do Direito da União Europeia à Luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça. *Scientia Juridica*, Universidade do Minho, Tomo LVII, nº 315, jul-set/2008, p. 427/452.

VEIGA, Catarina. Prisão Preventiva, Absolvição e Responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público*: Lisboa, nº 97, p.29-59.