A RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ NO DIREITO ROMANO

BREVE REFERÊNCIA AO DIREITO PORTUGUÊS

A. SANTOS JUSTO

SUMÁRIO: 1. Preliminares. 2. O iudex qui litem suam fecit: 2.1. Época justinianeia; 2.2. Antecedentes: épocas anteriores: 2.2.1. Época arcaica; 2.2.2. Época clássica; 2.2.3. Época pós-clássica; 2.3. Época justinianeia (conclusão). 3. Direito português. 4. Conclusão.

1. PRELIMINARES

Passaram já alguns anos relativamente à opção que tomámos de centrar os estudos de direito romano na época justinianeia, poupando os leitores de problemas que não compreendem e tão-pouco têm mantido a ciência jurídica romanista na posição que já ocupou em tempos recuados.

Com efeito, após a publicação do Código Civil de Napoleão e, sobretudo, do Código Civil da Alemanha, perpassou, nos cultores da romanística, a ideia de que a sua actividade perdera interesse, substituída pelo estudo do direito acolhido naqueles Códigos.

Por isso, abandonaram a velha orientação que teve início na Escola de Bolonha e voltaram-se para o estudo das interpolações, seguindo os novos rumos traçados pela Escola dos Jurisconsultos Cultos da restauração do direito romano da época clássica, considerada a idade de ouro da ciência romana do direito (a *iurisprudencia*). Esta via foi complementada pelo estudo das influências helenísticas e pela atenção dada a novos documentos, sobretudo aos papiros descobertos no Egipto.

Todavia, foram cometidos gravíssimos excessos: usou-se e abusou-se das interpolações que serviram ora para defender ora para contestar posições, nem sempre com a dimensão científica que reclama o afastamento de ideias pré-concebidas; desvalorizou-se o direito romano, reduzido a mais um dos diversos

direitos da Antiguidade; e viram-se influências gregas em quase todos os fragmentos acolhidos no *Corpus Iuris Civilis* ⁽⁸⁾.

Assim se compreende a posição de MITTEIS que, no seu famoso “testamento científico”, criticou aquelas orientações que “faziam do ensino do Direito Romano uma disciplina verdadeiramente não-jurídica” ⁽⁹⁾; e, mais tarde, a orientação preconizada por KOSCHAKER de voltarmos a SAVIGNY (*zurück zu Savigny*), ou seja, ao estudo do direito romano justinianeu, seguindo o método pandectístico que prescindia das interpolações e das influências externas.

Tendo em atenção que, dentre os diversos motivos que justificam o estudo e o ensino do direito romano, convirá destacar o seu valor formativo, a perfeição técnico-jurídica, o interesse prático e o interesse histórico; e considerando que o direito romano que influenciou decisivamente o direito português foi o *ius* que, consagrado no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, renasceu e foi estudado e divulgado sucessivamente nas Escolas dos Glosadores e dos Comentadores e, mais tarde, filtrado pela corrente do *usus modernus pandectarum* e prosseguido na Escola Histórica de SAVIGNY com destaque para a orientação dogmático-pandectística ⁽¹⁰⁾, justifica-se a nossa opção pelo seu estudo ⁽¹¹⁾.

Sem, no entanto, deixarmos de procurar nas épocas anteriores, a gênese e a evolução das suas figuras jurídicas porque, sendo o direito um fenómeno cultural, tem necessariamente a sua história. Por outras palavras, colocaremos o direito romano da época justinianeia no centro das nossas preocupações, mas não deixaremos de abordar alguns aspectos que assinalam a evolução por que passou até chegar à época final de Justiniano ⁽¹²⁾.

A responsabilidade do juiz que faz seu o litígio que é chamado a resolver (o *iudex qui litem suam fecit*), é um tema que, observou Francesca LAMBERTI,

⁽⁸⁾ Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984), 105-107; e A. dos Santos JUSTO, *A crise da romanística no BFD LXXII* (1996), 33-35 e 42-44.

⁽⁹⁾ Transcrevemos CRUZ, *ibidem*, 107.

⁽¹⁰⁾ Vide CRUZ, *ibidem*, 97-100.

⁽¹¹⁾ Neste sentido, escreveu Enrique Gómez ROYO que “*el romanista ha de tratar de conocer el proceso generador de las instituciones jurídicas del pueblo romano a través de las distintas etapas de su evolución en el marco de las circunstancias políticas, sociales y económicas que lo determinaron (...) porque toda ordenación jurídica presupone siempre las peculiaridades del pueblo que lha creó*”. Vide Enrique Gómez ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas* (Tirant lo blanch / Valencia, 1992), 19.

⁽¹²⁾ Neste sentido, escreveu Enrique Gómez ROYO que “*el romanista ha de tratar de conocer el proceso generador de las instituciones jurídicas del pueblo romano a través de las distintas etapas de su evolución en el marco de las circunstancias políticas, sociales y económicas que lo determinaron (...) porque toda ordenación jurídica presupone siempre las peculiaridades del pueblo que lha creó*”. Vide Enrique Gómez ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas* (Tirant lo blanch / Valencia, 1992) 19.

“*ha di recente suscitato un rinnovato interesse nella dottrina romanista*”⁽¹³⁾, quiçá porque, nos nossos tempos, se impôs a necessidade de controlar os actos jurisdicionais e as condutas de quem os pratica⁽¹⁴⁾.

Justifica-se, portanto, o seu estudo. Entretanto, convirá ter presente que, embora nenhuma fonte (jurídica e literária) explicito o sentido (técnico) da expressão *litem suam facere*⁽¹⁵⁾, não devemos ignorar o seu sentido técnico que, nas palavras de Álvaro D’ORS, é “*el hecho de que un juez se subroga en lugar do demandado cuando deja incumplido su deber de dar sentencia en el momento en que había de hacerlo, o, lo que es lo mismo, cuando da una sentencia, no injusta, sino nula*”⁽¹⁶⁾.

2. O IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT

2.1. Época justinianeia

Nesta época, que decorre entre os anos 530 e 565 da nossa era e constitui o ponto final da evolução por que passou o direito romano e a sua *iuris scientia*⁽¹⁷⁾, assinala-se a continuação dos tempos pós-clássicos marcados, no Império Romano do Oriente, pela reacção (denominada classicismo) contra a sua vulgarização, sobretudo a partir do ano 395, data da divisão definitiva do Império Romano nos Impérios do Ocidente e do Oriente⁽¹⁸⁾.

À época pós-clássica pertence, provavelmente, a colectânea de direitos (*iura*) denominada *Res Cottidianae* ou *Liber aureorum Gai* por ter sido atribuída, embora erradamente, a GAIO, que, além duma paráfrase às *Institutiones* deste jurisconsulto, contém ainda alguns textos atribuídos a ULPIANO e a PAULO⁽¹⁹⁾.

A influência desta colectânea no direito justiniano está presente no Digesto e nas *Institutiones* de Justiniano⁽²⁰⁾, cujos textos transcrevemos:

D. 44,7,5,4 (GAIO): “*Se o juiz tiver feito seu o litígio, não parece ficar obrigado propriamente por delito, mas, como tão-pouco o está por contrato*

⁽¹³⁾ Vide Francesca LAMBERTI, *Riflessioni in tema di “litem suam facere”* em *Labeo* 36 (1990) 218.

⁽¹⁴⁾ Vide João Aveiro PEREIRA, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2011) 37.

⁽¹⁵⁾ Vide Francesco DE MARTINO, “*Litem suam facere*” no *BIDR* XCI (1988) 1.

⁽¹⁶⁾ Transcrevemos Álvaro D’ORS, “*Limtem suam facere*” em *SDHI* XLVIII (1982) 369.

⁽¹⁷⁾ Vide CRUZ, *ibidem* 51; e JUSTO, *A evolução do direito romano* no volume comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD) (Coimbra 2003) 67-68.

⁽¹⁸⁾ Vide CRUZ, *ibidem* 48-50; e JUSTO, *ibidem* 66-67.

⁽¹⁹⁾ Vide CRUZ, *ibidem* 439.

⁽²⁰⁾ Vide LONGO, Giannetto LONGO, *I quasi delicta — actio de effusis et deiectis — actio de positis ac suspensis* em *Studi in onore di Cesar Sanfilippo IV* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1983) 408; e Javier PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbitro ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia* em *RIDA* XXXI (1984) 304⁷¹.

e certamente cometeu uma falta, ainda que seja por imprudência, entende-se que está obrigado como se fosse por um delito (quase delito) ⁽²¹⁾.

D. 50,13,6 (GAIO): “*Se o juiz tiver feito seu o litigio, não parece ficar obrigado propriamente por delito, mas, como tão-pouco o está por contrato e certamente cometeu uma falta, ainda que seja por imprudência, entende-se que fica obrigado, como se fosse por um delito, pela acção pelo facto e sofrerá a pena que tiver parecido justa à consciência do juiz*” ⁽²²⁾.

I. 4,5pr.: “*Se um juiz tiver feito seu o litigio, não parece obrigado propriamente por causa de delito; mas como tão-pouco o está por contrato e, no entanto, cometeu uma falta, ainda que fosse só por imprudência, diz-se que está obrigado por um quase-delito e será condenado em tanto quanto a consciência do juiz estimar justo*” ⁽²³⁾.

Como se observa, o juiz que faz seu o litigio não está obrigado por delito nem por contrato. Incorre, sim, numa obrigação quase delitual ⁽²⁴⁾ porque comete uma falta, mesmo que só por imprudência. Fixado esta exigência mínima, entende-se que a responsabilidade do juiz depende de dolo ou de culpa (*imprudencia*) ⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ D. 44,7,5,4: “*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*”.

⁽²²⁾ D. 50,13,6: “*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentia, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*”.

⁽²³⁾ I. 4,5pr.: “*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccas se aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videtur. poenam sustinebit*”.

⁽²⁴⁾ A classificação das obrigações derivadas de factos ilícitos em delitos e quase-delitos tem suscitado grande controvérsia. A doutrina dominante considera-a pós-clássica, mas questiona-se que motivos terão levado os compiladores de Justiniano a considerarem a responsabilidade do juiz *qui litem suam fecit* entre os *quase-delitos*. Também se tem sustentado que esta categoria terá sido inspirada por ARISTÓTELES que, na *Ética a Nicómaco* 5.9,12(113b), exprime o parecer de que o juiz que dá uma sentença errada não comete um delito, mas esse facto é tratado como delito. Vide Giannetto LONGO, *o.c.*, 401 e 405; Dragomir STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain* em *IURA VIII* (1957), 57-74; Peter STEIN, *La natura delle obbligazioni “quasi ex delicto”* em *JUS IX* (1958), 370-371; e Witold WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris* em *RISG XIV* (1970), 201.

⁽²⁵⁾ Vide Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, trad. espanhola da 10.ª edição italiana por José M. Caramés Ferro (Ediciones Depalma / Buenos Aires, 1986), 424.

Particularmente controverso é o seguinte fragmento atribuído a ULPIANO:

D. 5,1,15,1: “*Entende-se que um juiz faz seu o litígio quando, com dolo mau, tiver ditado a sentença em fraude à lei (considera-se que procede com dolo mau se se provar um favor evidente, inimizade ou suborno) e se obriga a responder pelo verdadeiro montante do litígio*”⁽²⁶⁾.

A referência a dolo e a fraude à lei suscita grandes dificuldades. Com efeito, há quem, defendendo a responsabilidade objectiva do juiz⁽²⁷⁾, afaste o obstáculo da referência ao dolo, sustentando que este fragmento, que é “*causa de todos los errores sobre nuestro tema*”, está interpolado⁽²⁸⁾; quem, na mesma linha da responsabilidade objectiva do juiz, considere que “*l’agire in fraudem legis include ogni atteggiamento del giudice che si discosti dalla religio iudicantis e non rende giustizia*”⁽²⁹⁾; quem, pelo contrário, defenda “*la genuinidad de la frase final del fragmento*” e considere “*como ulpiano el inciso inicial del texto*”⁽³⁰⁾; e quem entenda que o texto é totalmente clássico, referindo que “*os redattori del Corpus Iuris avrebbero conservato la locuzione (cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit) inalterata, così come la rivenivano nei testi classici*”⁽³¹⁾.

Por isso, não parece excessivamente ousada a afirmação de Francesca LAMBERTI de que “*le parole de Ulpiano sono da tempo fomite di notevoli contrasti in dottrina, e oggetto dei tentativi esegetici più disparati*”⁽³²⁾. Curiosa é a observação desta romanista de que “*in periodo classico si passa a richiedere (almeno in taluni casi) il dolo*”, mas “*tuttavia dai guiristi si configurano anche fattispecie di litem suam facere i cui il dolo non emerge per nulla*”⁽³³⁾.

⁽²⁶⁾ D. 5,1,15,1: “*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur*”.

⁽²⁷⁾ Vide ÁLVARO D’ORS, *o.c.*, 390-394.

⁽²⁸⁾ Transcrevemos ÁLVARO D’ORS, *ibidem*, 373. Este Autor invoca o papiro descoberto em Antinópolis (PAnt. 22) que não fala de *dolus malus*, mas de *imprudencia* (entendida como falta de conhecimento ou ignorância). Considera que a expressão *in fraudem legis* é ambígua e “*não resulta muy congruente con la exigencia del dolus malus*”. E observa (*o.c.*, 377-378), que “*este uso genérico y abstracto de lex para designar todo el ordenamiento jurídico, no parece próprio de los juristas clásicos*”.

⁽²⁹⁾ Vide LONGO, *o.c.*, 409.

⁽³⁰⁾ É a opinião de Ignacio CREMADES e de Javier PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico no AHDE LIV* (1984), 204, que transcrevemos.

⁽³¹⁾ É a doutrina de ARANGIO-RUIZ e de ROTONDI, *apud* LAMBERTI, *o.c.*, 249.

⁽³²⁾ São palavras de LAMBERTI, *o.c.*, 226.

⁽³³⁾ Voltamos a transcrever LAMBERTI, *o.c.*, 266.

É claro o contraste entre a acção em que o juiz responde pelo valor do dano causado (*aestimatio rei*) e a acção em que responde segundo os parâmetros da equidade (*in bonum et aequum*). Mas, ainda que se considere, como GUARINO, que “*no vi è contraddizione tra l’invito al giudice di condannare in quantum aequum e l’affermazione che la condanna deve essere rapportata alla vera aestimatio litis*” porque “*beninteso, se si ammetta che il giudicante dell’iudex, qui litem suam fecit, lungi dall’essere libero di stabilire la condanna a suo piacimento, era tenuto ad equarla alle valutazioni sociali correnti*”⁽³⁴⁾, resta o contraste entre a responsabilidade por imprudência e a responsabilidade por dolo que observamos, respectivamente, no D. 44,7,5,4 (e em I. 4,5pr.) e no D. 5,1,15,1. Tratando-se de dois juriconsultos (GAIO e ULPIANO) da época clássica, Francesco DE MARTINI observou que “*era inevitabile che sulla base di queste fonti sorgesse una controversia tra gli studiosi*”⁽³⁵⁾.

Afastada a hipótese de censura aos compiladores do *Corpus Iuris Civilis* por não terem eliminado aquela diferença, importa ter presente que, naqueles dois textos do Digesto atribuídos a GAIO (D.44,7,5,4: -50,13,6) e no fragmento de ULPIANO (D. 5,1,15,1), a responsabilidade do juiz, respectivamente por imprudência e por dolo, actua em campos diferentes: na fraude à lei, exige-se o dolo; nos restantes casos, basta a simples culpa (*imprudentia*).

Sabemos que, na época pós-clássica, o juiz era gravemente punido com a pena de destituição se desobedecesse às constituições imperiais⁽³⁶⁾, situação que exige mais do que a simples culpa; que a expressão *in fraudem legis* se refere, provavelmente, a leis determinadas⁽³⁷⁾ que o juiz devia necessariamente conhecer; e, sobretudo, que o *dolus* era pressuposto da *fraus legi* e, portanto, a sua referência era desnecessária⁽³⁸⁾.

Em abono desta opinião podemos invocar a *lex Irnetana* que, mencionando o dolo do juiz, confirma a classicidade da referência ao *dolus malus* no fragmento de ULPIANO (D. 5,1,15,1)⁽³⁹⁾.

Importa, no entanto, recuar no tempo para melhor compreendermos a responsabilidade do juiz na época justinianeia.

⁽³⁴⁾ Transcrevemos Antonio GUARINO, “*Actiones in aequum conceptae*” em *Labeo* 8 (1962) 14.

⁽³⁵⁾ Vide DE MARTINO, *o.c.*, 7.

⁽³⁶⁾ Cf. C. Theod. 1,5,9. Vide Francesca M. DE ROBERTIS, *La sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante* em *ZSS LXXV* (1942), 255-265.

⁽³⁷⁾ Neste sentido, vide DE MARTINO, *o.c.*, 9.

⁽³⁸⁾ DE MARTINO refere, a propósito, que a expressão *dolo malo in fraudem legis* é imprópria. Vide DE MARTINO, *o.c.*, 8.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, vide DE MARTINO, *o.c.*, 13 e 34.

2.2. Antecedentes: épocas anteriores

2.2.1. Época arcaica

Durante a época arcaica, ou seja, nos primeiros tempos por que passou a evolução do direito romano ⁽⁴⁰⁾, os romanistas deparam com a ausência de fontes que os possam orientar e evitar as “fantasias” de quem faz conjecturas sem nenhuma base documental. Por isso, advertiu Álvaro D’ORS que, “*como suele ocurrir con las cuestiones de orígenes, es difícil pasar de las meras conjeturas, e por eso conviene muchas veces, como también en este caso, renunciar a un conocimiento cierto*” ⁽⁴¹⁾. E, no mesmo sentido, Francesco DE MARTINO referiu que “*andare alla ricerca di una figura originaria in questo campo è come addentrarsi nelle tenebre*” porque “*anche la storia del principio ha più ombre che luci*” ⁽⁴²⁾.

Apesar destas dificuldades, parece certo que a Lei das XII Tábuas reprimiu a corrupção dos juízes com a pena de morte ⁽⁴³⁾, situação que, segundo AULO GÉLIO ⁽⁴⁴⁾, suscitou uma discussão (*disputatio*) entre o jurisconsulto AFRICANO e o filósofo FAVORINO, na qual aquele defende e este critica a “dureza da lei” ⁽⁴⁵⁾. Trata-se, de todo o modo, de responsabilidade criminal ⁽⁴⁶⁾, embora não falte quem, sem nenhuma base, sugira a hipótese de ter coexistido a responsabilidade civil ⁽⁴⁷⁾.

Também não falta quem tenha avançado a ideia de que, nesses tempos longínquos, o juiz que recusasse restituir a coisa (objecto do litígio) que lhe tinha sido entregue provisoriamente até proferir a sentença era tratado como depositário infiel, ou seja, equiparado a um ladrão ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁰⁾ Esta época começa com a data (lendária) da função de Roma, no ano 753 a.C. e decorre até ao ano 130 a.C., quando a *lex Aebutia de formulis* legalizou o novo processo das fórmulas (*agere per formulas*). Nas palavras de Sebastião CRUZ, “*é o período da formação e do estado rudimentar das instituições jurídicas romanas*” caracterizado pela imprecisão: “*Não se vê ainda bem o limite do jurídico, do religioso e do moral*”. Vide CRUZ, o.c., 44; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., 50-53.

⁽⁴¹⁾ Transcrevemos D’ORS, o.c., 380-381.

⁽⁴²⁾ Transcrevemos DE MARTINO, o.c., 3 e 35.

⁽⁴³⁾ Cf. Lei das XII Tábuas, IX.3.

⁽⁴⁴⁾ Cf. AULO GÉLIO, *Noct. Att.* 10.1.7.

⁽⁴⁵⁾ Segundo D’ORS, o testemunho de GÉLIO deve tomar-se com muito cuidado: “*probablemente el precepto decenviral, si realmente existió, se refería a un juez que ha condenado, por dinero, a un reo criminal*”. Vide D’ORS, o.c., 369^o; e LAMBERTI, o.c., 219.

⁽⁴⁶⁾ Vide Ignacio CREMADES e Javier PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico* no *AHDE LIV* (1984) 186^o.

⁽⁴⁷⁾ Vide WOŁODKIEWICZ, o.c., 197.

⁽⁴⁸⁾ A Lei das XII Tábuas concedia uma acção *in duplum* contra o depositário infiel. Cf. COLL. 10.7.11; e PS. II.12.11. Vide CREMADES e PARICIO, *ibidem*, 185; e LAMBERTI, o.c., 219^o.

E há ainda quem sugira a hipótese de o juiz incorrer em multa (*multae dictio*); ou de o demandante frustrado pela conduta do juiz se poder apoderar dos seus bens (*pignoris capio*) ou mesmo da sua pessoa (*manus iniectio*), fingindo-se que o juiz foi condenado no litígio que frustrou ⁽⁴⁹⁾; ou na responsabilidade por injúria (*iniuria*) ⁽⁵⁰⁾.

Segundo parece, a expressão *iudex qui litem facere fecit* só aparece muito posteriormente e, por isso, a literatura da época arcaica omite o seu sentido ⁽⁵¹⁾. No entanto, MACRÓBIO refere que o juiz, que não se apresentou na hora fixada para proferir a sentença faz seu o litígio (*litem suam fecit*) ⁽⁵²⁾. Também AULO GÉLIO fala de *litem suam facere* no caso de ausência do juiz ⁽⁵³⁾. E CÍCERO refere que faz seu o litígio o orador que se tinha esquecido de defender os interesses do seu mandante ⁽⁵⁴⁾.

Apesar de MACRÓBIO ser considerado uma fonte decadente e suspeita ⁽⁵⁵⁾, de AULO GÉLIO oferecer um testemunho ambíguo ⁽⁵⁶⁾ e de CÍCERO nos apresentar um simples artifício retórico ⁽⁵⁷⁾, estes Autores falam-nos numa situação comum: o juiz fazia seu o litígio que lhe cumpria decidir se não proferisse a sentença, sem haver qualquer referência ao seu comportamento doloso ou culposo ⁽⁵⁸⁾. Tudo aponta, portanto, para que a responsabilidade do juiz tenha começado por ser objectiva ⁽⁵⁹⁾.

Estamos numa época dominada pelo arcaico processo das acções da lei (*legis actiones*) cuja natureza privada era particularmente acentuada ⁽⁶⁰⁾. Bastará referir que o juiz era um cidadão eleito pelas partes, certamente em virtude das

⁽⁴⁹⁾ Vide CREMADES e PARICIO, *ibidem* 187-188 e 208. Todavia, DE MARTINO, *o.c.*, 21 e 36, considera improvável a *manus iniectio* porque o juiz pertencia, nesses tempos, à ordem senatorial.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, vide DE MARTINO, *o.c.*, 3 que, no entanto, escreve: “*Ma si tratta di congetture con deboli addentellati nelle fonti. Preferisco quindi lasciare ad altri studiosi con una fantasia più fertile della mia di scrutare nelle ombre fitte del processo arcaico*”.

⁽⁵¹⁾ Vide DE MARTINO, *o.c.*, 1-2, que aponta os vários sentidos de *lis* e de *litem suam facere*.

⁽⁵²⁾ Cf. MACRÓBIO, *Saturnalia*, 3.16-14-16.

⁽⁵³⁾ Cf. AULO GÉLIO, *Noctes Atticae*, 10.1.5.

⁽⁵⁴⁾ Cf. CÍCERO, *De oratore*, 2.305.

⁽⁵⁵⁾ Vide DE MARTINO, *o.c.*, 7.

⁽⁵⁶⁾ Vide LAMBERTI, *o.c.*, 240.

⁽⁵⁷⁾ Vide LAMBERTI, *o.c.*, 239.

⁽⁵⁸⁾ Neste sentido, contestando a tese que liga a responsabilidade do juiz à existência de dolo, vide WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 197.

⁽⁵⁹⁾ Vide CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 266.

⁽⁶⁰⁾ Vide CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 189-190. Sobre este processo, vide o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*⁵ em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2011), 288-307.

suas condições pessoais de *bonus vir*. Uma vez escolhido, prestava juramento que o vinculava, em consciência, de julgar bem e honestamente ⁽⁶¹⁾. A escolha das partes, que deste modo manifestavam a sua confiança no juiz, e a ausência de um sistema hierarquicamente estruturado tornavam impossível a apelação da sentença: uma vez proferida, era intangível mesmo para o próprio juiz. Ao mesmo tempo, a laicização do processo quebrou a originária ligação sacral e produziu o afrouxamento da disciplina primitiva ⁽⁶²⁾

Posteriormente, embora posto de parte por efeito da *lex Aebutia de formulis* que legalizou o novo processo das fórmulas (*agere per formulas*) ⁽⁶³⁾, o velho sistema das *legis actiones* não deixou de o influenciar. Como é típico da ciência jurídica romana (*iurisprudencia*), o progresso faz-se sem rupturas violentas, mas lenta e pacificamente.

Assim terá também ocorrido com a própria expressão *iudex suam litem facere* que, inicialmente usada na linguagem informal, passou a ser utilizada no foro, tendo-se imposto rapidamente na linguagem técnica dos jurisconsultos ⁽⁶⁴⁾.

2.2.2. Época clássica

Considerada a época áurea da ciência jurídica romana que se impôs pela exactidão, precisão e rigor ⁽⁶⁵⁾, nesta época, que decorre entre os anos 130 a.C. e 230 da nossa era, assistimos à introdução de um novo tipo de processo que iria proporcionar o grande desenvolvimento do direito romano.

Trata-se do processo das fórmulas (*agere per formulas*) que iria acentuar a dimensão pública da resolução dos litígios, através da crescente actividade do magistrado (*praetor*) encarregado da administração ordinária da justiça (*iurisdictio*) ⁽⁶⁶⁾. No centro está agora um documento escrito (*formula*) que o pretor dirige ao juiz (escolhido pelas partes de entre os cidadãos constantes duma lista oferecida por este magistrado ⁽⁶⁷⁾), ordenando-lhe que condene ou absolva o demandado nos termos indicados, se provar ou não os factos aí referidos ⁽⁶⁸⁾. Ou seja, a fórmula indica o juiz, fixa a pretensão do demandante, a eventual

⁽⁶¹⁾ Vide CREMADES e PARICIO. *o.c.*, 190.

⁽⁶²⁾ Neste sentido, vide CREMADES e PARICIO. *o.c.*, 223¹⁶.

⁽⁶³⁾ Vide o nosso *Direito privado romano* — I. *Parte geral*. cit., 309.

⁽⁶⁴⁾ Vide CREMADES e PARICIO. *o.c.*, 262-263.

⁽⁶⁵⁾ Vide CRUZ. *o.c.*, 46-47; e JUSTO. *A evolução do direito romano*, cit., 53-61.

⁽⁶⁶⁾ Vide o nosso *Direito privado romano* — I. *Parte geral*. cit., 307-311.

⁽⁶⁷⁾ Se as partes não confiassem nas pessoas constantes da lista que o pretor lhes facultava, podiam acordar numa pessoa aí não incluída, o que mostra a importância da relação de confiança. Vide DE MARTINO. *o.c.*, 22.

⁽⁶⁸⁾ Vide JUSTO, *ibidem*, 311-319.

posição do demandado ⁽⁶⁹⁾ e o direito que deve ser observado se eventualmente os factos forem provados e, em consequência, o demandado for condenado.

Especialmente significativa é a forma imperativa com que o juiz é nomeado na primeira parte da fórmula: “*Tício seja o juiz*” ⁽⁷⁰⁾. A partir desta nomeação, o juiz assume o dever (*munus*) de resolver o litígio, através duma sentença que pode ser de condenação ou de absolvição. É um dever cívico que o juiz, depois de ter sido eleito, aceita voluntariamente cumprir e que, ao mesmo tempo, constitui uma honra.

Para cumprir a sua obrigação de proferir a sentença, não era necessário ter conhecimentos jurídicos ⁽⁷¹⁾, porque o direito, que lhe cumpre aplicar, está definido na fórmula da acção: a sua actividade dirige-se fundamentalmente à prova dos factos, da qual depende a condenação ou a absolvição.

É certo que, durante a actividade do juiz, o pretor não deixa de inspecionar e fiscalizar o desenvolvimento dos actos processuais. Nomeadamente, pode fixar e depois ampliar o prazo durante o qual a sentença deve ser proferida; pode decretar a suspensão do processo até haver sentença doutro litígio ou outro acontecimento; e é obrigado a responder às consultas que o juiz lhe dirija em caso de dúvida. Todavia, deve abster-se de o aconselhar quanto à apreciação e valoração dos factos em debate para não diminuir a independência do juiz ⁽⁷²⁾.

Proferida a sentença, cessa a função do juiz, como refere ULPIANO:

D. 42,1,55: “*O juiz, uma vez pronunciada a sentença, deixa de ser juiz depois*” ⁽⁷³⁾.

Nem sequer há a possibilidade de recurso porque as partes, a quem coube a escolha do juiz, confiaram na sua decisão ⁽⁷⁴⁾. A intangibilidade da sentença

⁽⁶⁹⁾ Referimo-nos à *exceptio*. Pode também haver uma *replicatio* do demandante, *duplicatio* do demandado e *treplicatio* do demandante. Vide o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 321-329.

⁽⁷⁰⁾ “*Titius iudex esto*”. Vide JUSTO. *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 311.

⁽⁷¹⁾ Todavia, o juiz podia recorrer ao pretor que lhe prestava os esclarecimentos necessários. E recorria também às opiniões dos jurisconsultos (*responsa*) e a outras sentenças. Vide PARICIO, *o.c.*, 269; e o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 358. Vide STOIVELIC, *o.c.*, 71.

⁽⁷²⁾ Vide JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 358.

⁽⁷³⁾ D. 42.1.55: “*Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit*”.

⁽⁷⁴⁾ Vide PARICIO, para quem “*stricto sensu la revisión de las sentencias sólo fue posible cuando en época clásica avanzada se generalizó la apelación*”. Vide Javier PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia em RIDA XXXI (1984), 288²³*.

impõe-se quer ao próprio juiz quer ao pretor, como observamos nos seguintes fragmentos:

D. 42,1,62 (ALFENO VARO): “*Perguntando-se se o juiz, que tivesse julgado mal, podia julgar outra vez no mesmo dia, respondeu que não podia*”⁽⁷⁵⁾.

D. 42,1,14 (CELSO): “*O que o pretor dispôs ou proibiu pode, com um mandato contrário do seu império, deixar de ordená-lo ou proibi-lo, mas não assim com as sentenças*”⁽⁷⁶⁾.

Ocasionalmente, o pretor podia desfazer a sentença através duma *restitutio in integrum* desde que se verificasse alguma das causas de cuja ocorrência dependia a concessão deste expediente⁽⁷⁷⁾. Todavia, estava afastada a hipótese de injustiça, com a qual o pretor não se preocupava⁽⁷⁸⁾: a decisão do juiz era inteiramente livre e só ficava vinculado pela própria *formula*⁽⁷⁹⁾. Nas palavras de ULPIANO, “*o juiz que uma vez condenou em mais ou menos, não pode corrigir a sua sentença, porque já uma vez desempenhou bem ou mal o seu ofício*”⁽⁸⁰⁾.

Afastada a sentença injusta por venalidade porque pertencia à repressão criminal⁽⁸¹⁾, impõe-se determinar as circunstâncias em que, na época clássica, o juiz respondia por incumprimento do seu dever de dar sentença.

Convirá, portanto, ouvir as fontes que, aliás, são escassas:

GAIO, 4,52: “*Quando se lhe apresenta uma condenação de certa quantidade de dinheiro, o juiz deve prestar muita atenção para não condenar nem em mais nem em menos da dita quantidade, já que doutro modo faz seu o litígio. Assim mesmo, se foi estabelecido um limite, não pode excedê-lo na condenação, pois, doutro modo, incorre no mesmo. Todavia, é-lhe permitido condenar em menor quantidade...*”⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁵⁾ D. 42,1,62: “*Quum quaerebatur iudex, si perperam iudicasset, na posset eodem die iterum iudicare, repondit, non posse*”.

⁽⁷⁶⁾ D. 42,1,14: “*Quod iussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et remittere licet; de sententia contra*”.

⁽⁷⁷⁾ Vide JUSTO, *Direito privado romano* — I. Parte geral, cit. 432-435; e D’ORS. *o.c.*, 370⁴.

⁽⁷⁸⁾ Vide D’ORS. *o.c.*, 370.

⁽⁷⁹⁾ Vide PARICIO. *o.c.*, 289. Contra, GUARINO, *o.c.*, 12, entende que, já na época pré-clássica, o juiz devia adequar a condenação à valoração económico-social do seu tempo.

⁽⁸⁰⁾ D. 42,1,55: “*... iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est*”.

⁽⁸¹⁾ Neste sentido, vide D’ORS. *o.c.*, 369.

⁽⁸²⁾ GAIO, 4,52: “*Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si*

Neste texto, não há nenhuma referência nem a dolo nem a culpa e, por isso, não existe base para supor que a responsabilidade do juiz dependia da sua conduta dolosa ou culposa (imprudente) ⁽⁸³⁾. No entanto, não deixa de haver quem entenda que GAIO chama a maior atenção do juiz “*per non permettere che attraverso un’azione condotta con negligenza si arrivi ad una sentenza ingiusta*” ⁽⁸⁴⁾. Esta ideia parece confirmada pelo fragmento de ULPIANO, que já transcrevemos ⁽⁸⁵⁾ que fala de *dolus malus* e por outros textos de GAIO e pelas *Institutiones* de Justiniano igualmente transcritas ⁽⁸⁶⁾ que fazem depender a responsabilidade do juiz de *imprudentia*.

Afastada, por enquanto, o problema da exigência ou não de dolo e de culpa, observa-se que o jurisconsulto GAIO responsabiliza o juiz pelo desrespeito da fórmula ⁽⁸⁷⁾, a que se juntam outras situações: v. g., o incumprimento do dever de dar sentença ⁽⁸⁸⁾, o não cumprimento dos prazos previstos com a consequente perda irreparável da acção ⁽⁸⁹⁾ e a falta de prorrogação do prazo para permitir que fosse proferida a sentença no tempo devido (*difissio*) ⁽⁹⁰⁾.

Particular referência merece o dever de respeitar o prazo durante o qual o litígio devia ser julgado. Se em causa estivesse uma acção de direito pretório ⁽⁹¹⁾, os poderes do juiz extinguíam-se no momento em que o magistrado, que o designou, cessava as suas funções ⁽⁹²⁾. Tratando-se de acção civil (*iudicium*

taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est...”.

⁽⁸³⁾ Neste sentido, vide LAMBERTI, *o.c.*, 227; e WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 196, para quem “*non sarebbe possibile ammettere l’interpretazione secondo la quale, nel nostro caso, il giurista si sarebbe riferito soltanto a quei casi in cui il giudice avesse agito dolosamente. Una tal conclusione non risulta dal testo di Gaio*”.

⁽⁸⁴⁾ Transcrevemos WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 196.

⁽⁸⁵⁾ Vide *supra*, nota 19.

⁽⁸⁶⁾ Vide *supra*, notas 14, 15 e 16.

⁽⁸⁷⁾ Cf. igualmente: D. 10.3.18. Vide CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 183-184 e 208; e PARICIO, *o.c.*, 304.

⁽⁸⁸⁾ Vide CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 183-184 e 208; e PARICIO, *o.c.*, 289.

⁽⁸⁹⁾ Vide DE MARTINO. *o.c.*, 13; e LAMBERTI, *o.c.*, 260, para quem, já antes da legislação de Augusto pode considerar-se existente uma ameaça que levava o juiz a proferir a sentença dentro dos limites temporais definidos.

⁽⁹⁰⁾ Vide D’ORS, *o.c.*, 369-376; DE MARTINO. *o.c.*, 19; CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 181-182. 185 e 208; PARICIO, *o.c.*, 304; LAMBERTI, *o.c.*, 263; e STOJCEVIC, *o.c.*, 72.

⁽⁹¹⁾ Recordamos que o direito pretório (*ius praetorium*) é criado pelo pretor para interpretar (*adiuvandi*), corrigir (*corrighendi*) e integrar (*supplendi*) o direito civil (*ius civile*). Dentro dos diversos expedientes utilizados pretor destacam-se as *actiones praetoriae*. Cf. D. 1.1.7.1.

⁽⁹²⁾ O pretor exercia as suas funções, normalmente, durante um ano em Roma e nas províncias senatoriais. Nas províncias imperiais, os juizes podiam conservar os seus poderes mesmo sob o mandato do governador que substituiu o governador que os designou. Cf. D. 5.1.49.1. Vide o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 359.

legitimum), a *lex Iulia caducaria* determinou que os poderes do juiz se extinguem decorridos dezoito meses após a celebração da *litis contestatio* ⁽⁹³⁾; por isso, se o juiz não proferisse a sentença dentro deste prazo, a instância caducava e o demandante não podia reproduzir o litígio em virtude do efeito da exclusão da *litis contestatio* ⁽⁹⁴⁾. Ou seja, a não dação da sentença nesse prazo implicava a *mors litis* e a conseqüente responsabilidade do juiz. Para a evitar, podia, invocando motivos sérios, pedir a prorrogação do prazo (*diffissio*), durante o qual o processo continuava e devia ser decidido ⁽⁹⁵⁾.

A obrigação de o juiz proferir a sentença está inequivocamente afirmada nos seguintes textos, que transcrevemos:

D. 5,1,74pr. (JULIANO): “O juiz deverá ser obrigado a pronunciar sentença sobre a coisa que tiver conhecido” ⁽⁹⁶⁾.

D. 42,1,55 (ULPIANO): “O juiz, uma vez pronunciada a sentença, deixa, depois, de ser juiz (...) porque, mal ou bem, desempenhou o seu ofício” ⁽⁹⁷⁾.

Acresce o papiro descoberto no Egito pelas escavações da *Egypt Exploration Society* levadas a cabo por Johnson em 1913-1914 em Sheikh Abâda (antiga Antinópolis) onde, citando POMPÓNIO, ULPIANO diz que, no caso do juiz não ter feito a *diffissio* numa acção contra um falso tutor, procede a acção contra o próprio juiz que, assim, fez seu o litígio ⁽⁹⁸⁾. Há, no entanto, graves dificuldades: a última linha do papiro é de duvidosa legibilidade e a sua reconstrução não tem sido pacífica ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹³⁾ A *litis contestatio* é o acto em que as partes acordam expressamente em se submeterem à sentença, nos termos exactos em que a fórmula foi redigida. Ignoramos a forma deste acordo, mas sabemos que era aprovado pelo magistrado. Produz os seguintes efeitos: fixa, com precisão, as partes e o objecto da relação litigiosa; e consolida esta relação, tornando-a intangível ou insensível a qualquer alteração até à sentença. Produz ainda um efeito negativo: não é possível ao demandante voltar a instaurá-la (efeito de exclusão ou consumptivo). Vide o nosso *Direito privado romano* — I. Parte geral, cit., 352-357.

⁽⁹⁴⁾ Vide o nosso *Direito privado romano* — I. Parte geral, cit., 359; e DE MARTINO. *o.c.*, 19.

⁽⁹⁵⁾ Vide Armando TORRENT. *Diccionario de derecho romano* (Edisofer S.L. /Madrid, 2005), 275.

⁽⁹⁶⁾ D. 5,1,74pr.: “De qua res cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit”.

⁽⁹⁷⁾ D. 42,1,55: “Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit (...) semel enim male seu bene officio functus est”.

⁽⁹⁸⁾ Trata-se do Pap. Ant. 22. Vide Teresa Giménez CANDELA. *Una revisión de pap. Ant. 22 em Estudos de derecho romano en honor di Alvaro D’ORS* (Ediciones Universidad de Navarra, S.A. / Pamplona, 1987) 557-573; ARANGIO-RUIZ. *Recensioni critiche em IURA II* (1951) 344-346; e LAMBERTI. *o.c.*, 228-229.

⁽⁹⁹⁾ Vide LAMBERTI, *o.c.*, 230-231.

E, finalmente, junta-se a *lex Irnitana*, lei municipal da época Flávia, inscrita num bronze encontrado há anos no Sul de Espanha, em cujo *kaput* 91, contido na tábuca décima, há uma referência à responsabilidade do juiz análoga à reportada no Papiro Ant. 22. O juiz tinha duas possibilidades: ou dava a sentença ou prorrogava o prazo, fixando nova data para o processo prosseguir. Não fazendo uma coisa nem outra, incorria em responsabilidade civil, quiçá por ter causado ao autor a extinção danosa do processo ⁽¹⁰⁰⁾.

No entanto, DE MARTINO observa que “*la lex Irnitana almeno in una delle sue previsioni prevedeva il dolo e non si può ammettere che questo fosse un caso isolato*” ⁽¹⁰¹⁾. A ser assim, é mais um factor que permite pôr em causa a natureza objectiva da responsabilidade do juiz na época clássica, defendida por diversos romanistas ⁽¹⁰²⁾.

Mas regressemos ao texto atribuído a ULPIANO que, segundo D’ORS, está adulterado e é “*causa de todos los errores sobre nuestro tema*” ⁽¹⁰³⁾:

D. 5,1,15,1: “*Entende-se que um juiz faz seu o litígio quando, com dolo mau, tiver ditado a sentença em fraude à lei (considera-se que procede com dolo mau se se provar um favor evidente, inimizade ou suborno) e se obriga a responder pelo verdadeiro montante do litígio*” ⁽¹⁰⁴⁾.

Se o parêntese pode ser considerado, sem grande dificuldade, uma interpolação, dada a sua função explicativa do que pode ser uma conduta dolosa, não se compreende bem que a referência ao dolo do juiz que proferiu uma sentença *in fraudem legis*, seja interpolada, pois se fosse alterada, a sua redacção teria sido necessariamente diferente ⁽¹⁰⁵⁾.

Não está, em causa, por enquanto, a injustiça da sentença, mas a não observância da *formula*, a simples falta de sentença ou o não adiamento do prazo que a permitisse pronunciar no tempo devido e, portanto, evitasse a perda irreparável da acção. Já referimos as divergências entre quem sustenta a autenticidade do fragmento, quem o entende essencialmente genuíno, embora com ligeiras

⁽¹⁰⁰⁾ Vide LAMBERTI, *o.c.*, 231-234.

⁽¹⁰¹⁾ Vide DE MARTINO, *o.c.*, 13.

⁽¹⁰²⁾ Vide LAMBERTI, *o.c.*, 245, 247 e 248

⁽¹⁰³⁾ Transcrevemos D’ORS, *o.c.*, 373.

⁽¹⁰⁴⁾ D. 5,1,15,1: “*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur*”.

⁽¹⁰⁵⁾ Vide também DE MARTINO, *o.c.*, 8; ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., 421; e WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 195.

interpolações, e quem o considera\ totalmente interpolado porque, na época clássica, a responsabilidade do juiz era puramente objectiva ⁽¹⁰⁶⁾.

Este problema reconduz-se ao reconhecimento da função que a vontade desempenhava na vida jurídica. Como sabemos, sustentou-se (e ainda se continua a defender) a sua irrelevância, valorizando-se de modo absoluto as palavras (*verba*). Com efeito, partindo do princípio destacado por IHERING de que *in principio erat verbum* ⁽¹⁰⁷⁾, parte significativa da romanística, que se dedicou ao estudo das interpolações, considerou que a relevância atribuída à *voluntas* no campo dos negócios jurídicos só ocorreu nas escolas orientais da época pós-clássica. Até aí, a *iurisprudencia* romana apenas considerava as palavras (*verba*) no seu significado comum e, por isso, a interpretação das fontes era estritamente literal. Embora constituísse o elemento propulsor de qualquer negócio jurídico, a vontade das partes desaparecia, não se indagava. Ou seja, não havia lugar para a consideração de anomalias como o dolo e a fraude que, na perspicaz observação de IHERING, estavam legalizados ⁽¹⁰⁸⁾. De resto, a própria Lei das XII Tábuas dispunha: “*conforme o que for expresso em palavras, assim seja direito*” ⁽¹⁰⁹⁾.

Todavia, na vizinha Grécia a vontade era considerada elemento fundamental dos negócios jurídicos e, por isso, defendia-se a necessidade de olharmos para os seus eventuais vícios e desconformidades com as declarações que a manifestam ⁽¹¹⁰⁾. O homem estava no centro do mundo, era a medida de todas as coisas, como proclamava PROTÁGORAS e a *ratio* e a *voluntas* humanas eram instrumentos irrecusáveis da sua afirmação.

E, sendo verdade que Roma conquistou a Grécia pela força das armas, não o é menos que a Grécia influenciou Roma com a sua cultura superior, impondo-se a valoração da vontade como factor gerador de efeitos jurídicos e surgindo, em consequência, a tensão *verba — voluntas*, que iria terminar com a desvalorização daqueles e a elevação desta a requisito essencial dos negócios jurídicos ⁽¹¹¹⁾.

Ora, atribuir o relevo dado à vontade à época pós-clássica, época marcada pela decadência da ciência jurídica e consequente vulgarização do direito

⁽¹⁰⁶⁾ *Vide supra*. 2.1.

⁽¹⁰⁷⁾ *Vide* Rudolph Von IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres (Edit. Comares, S. L. / Granada, 1998), 619.

⁽¹⁰⁸⁾ *Vide* Rudolph Von IHERING, *ibidem*, 627-628.

⁽¹⁰⁹⁾ Lei das XII Tábuas, VI,1: “*Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

⁽¹¹⁰⁾ *Vide* JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico*. cit.. 14.

⁽¹¹¹⁾ *Vide* JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de derecho romano* (Fortaleza / Brasil, 2002) 59-93.

romano ⁽¹¹²⁾, parece-nos profundamente errado: além do recurso, sempre falível, ao argumento das interpolações que pode funcionar para qualquer dos lados (para sustentar alterações ou para defender a genuinidade das fontes), afirmar o relevo da vontade apenas na época pós-clássica é desvalorizar a *iurisprudencia* da época clássica, transferindo para aquela os méritos reconhecidos a esta ⁽¹¹³⁾. Note-se, a propósito, a referência de ULPIANO a PÉDIO:

D. 2,14,1,3: “... *Mas é de tal modo genérica a palavra convenção que, como elegantemente diz Pédio, não há nenhum contrato, nenhuma obrigação, que em si não contenha convenção...*” ⁽¹¹⁴⁾.

PÉDIO é um jurisconsulto que viveu nos finais do século I e nos primeiros anos do século II d.C. e o elogio com que é citado por outros juristas mostra que, na época clássica central (que decorre entre os anos 30 a.C. e 130 d.C.), caracterizada por “*intenso desenvolvimento ascensional em direcção ao estado de grandeza do Ius Romanum atingindo a etapa seguinte*” ⁽¹¹⁵⁾, já estava consolidado o papel fundamental atribuído à vontade nos negócios jurídicos ⁽¹¹⁶⁾. Nem se diga que este fragmento de ULPIANO está interpolado porque seria intolerável a atitude de quem, pretendo alterá-lo, mantivesse a referência a PÉDIO.

Regressando à responsabilidade civil do juiz que *litem suam fecit*, acreditamos que tenha dependido, na época clássica, de comportamento doloso. A favor desta opinião, que diversos romanistas partilham, está o facto de, não dispondo os juízes, em regra, de conhecimentos jurídicos, seria assaz violento responsabilizá-los por simples culpa (*imprudencia*) ⁽¹¹⁷⁾. Deste modo, afastada a culpa, afastada está também a coexistência de duas acções (uma, por dolo, com a *condemnatio in quanti ea res est*; a outra, por culpa, com a *condemnatio in aequum*) que alguns romanistas sugerem ⁽¹¹⁸⁾.

Mas se o juiz se obriga a responder pelo montante do litígio, como refere aquele fragmento de ULPIANO ⁽¹¹⁹⁾, perguntar-se-á: através de que acção?

⁽¹¹²⁾ Vide CRUZ, *o.c.*, 48-51; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., 61-67.

⁽¹¹³⁾ Vide CRUZ, *o.c.*, 46-47; e JUSTO, *ibidem*, 53-61.

⁽¹¹⁴⁾ D. 2,14,1,3: “... *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem...*”.

⁽¹¹⁵⁾ Transcrevemos CRUZ, *o.c.*, 47.

⁽¹¹⁶⁾ Vide Armando TORRENT, *Diccionario de derecho romano* (Edisofer L.L. / Madrid, 2005), 880.

⁽¹¹⁷⁾ Neste sentido, vide STOJCEVIC, *o.c.*, 71.

⁽¹¹⁸⁾ Neste sentido, vide LONGO, *o.c.*, 409. Vide também DE MARTINO, *o.c.*, 7; CREMADES / PARICIO, *o.c.*, 181⁷; LAMBERTI, *o.c.*, 242; e WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 198.

⁽¹¹⁹⁾ Vide *supra*, nota 97.

Com base no texto atribuído a GAIO que refere expressamente que o juiz “fica obrigado como se fosse por um delito pela acção pelo facto e sofrerá a pena que tiver parecido justa à consciência do juiz”⁽¹²⁰⁾, os romanistas consideraram que se trata duma *actio in factum*, concedida pelo pretor com base no *factum* alegado pelo demandante, que se traduz na falta de sentença (com ou sem prorrogação do prazo) ou no desrespeito pela *formula* processual⁽¹²¹⁾. E, no conforto que o mesmo texto oferece, julgamos que a condenação do juiz seria *in aequum*⁽¹²²⁾, embora também haja quem, considerando o texto interpolado, afaste a condenação quer na *vera aestimatio* quer *in aequum* e proponha o valor em que o demandado teria sido condenado se a acção não se tivesse frustrado⁽¹²³⁾.

Outra questão delicada relaciona-se com a transmissibilidade passiva ou não desta acção, ou seja, a transmissão da responsabilidade civil do juiz aos seus herdeiros. Vejamos o seguinte fragmento atribuído a ULPIANO:

D. 5,1,16: “*Mas Juliano opina que pertence a acção contra o herdeiro do juiz que fez seu o litígio. Cuja opinião não é verdadeira e tem sido censurada por muitos*”⁽¹²⁴⁾.

Afastada a interpolação à luz do critério que defendemos de que seria intolerável a alteração de um texto no qual se conserva a referência à opinião de outro jurisconsulto⁽¹²⁵⁾, sabemos que JULIANO defendia a transmissibilidade da acção aos herdeiros do juiz, enquanto ULPIANO sustentava a sua intransmissibilidade, juntamente com muitos outros jurisconsultos cujos nomes, aliás, não refere. Não sabemos, todavia, se a opinião de JULIANO, apesar de não defendida por muitos jurisconsultos, era dominante no seu tempo⁽¹²⁶⁾. Mas, além de a

⁽¹²⁰⁾ D. 50,13,6: “*Si iudex litem suam fecerit. non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentia, ideo videtur quasi ex maleficio tneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*”.

⁽¹²¹⁾ Neste sentido, vide D’ORS. *o.c.*, 379 e 387.; e CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 187 e 192 e 208. Vide também DE MARTINO, *o.c.*, 7, para quem pairam incertezas sobre a natureza desta acção.

⁽¹²²⁾ Neste sentido, vide LAMBERTI. *o.c.*, 237⁶⁶; e CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 206, para quem se trata duma acção *in bonum et aequum concepta*.

⁽¹²³⁾ Neste sentido, vide D’ORS. *o.c.*, 390-391, que sugere a seguinte forma: “*in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecunia...*”.

⁽¹²⁴⁾ D. 5,1,16: “*Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere. Quae sententia vera non est, et a multis notata est*”.

⁽¹²⁵⁾ Contra qualquer interpolação, vide também WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 200.

⁽¹²⁶⁾ No mesmo sentido, vide WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 200.

transmissibilidade passiva dificilmente ser compatível com uma *actio in factum* ⁽¹²⁷⁾, choca também com a ideia de que o facto censurável foi cometido pelo juiz e, portanto, dificilmente se compreende a transmissão da responsabilidade aos seus herdeiros que nunca assumiram o dever de julgar aquele litígio ⁽¹²⁸⁾. Por isso, não surpreende a posição de D'ORS para quem “*la intransmisibilidad, en este caso, parece como una idea más progresiva*” ⁽¹²⁹⁾. Efectivamente, JULIANO viveu umas dezenas de anos antes de ULPIANO ⁽¹³⁰⁾ e a expressão “*censurada por muitos*” indicia que, no tempo de ULPIANO, já estava afastada ⁽¹³¹⁾.

Em conclusão, parece-nos provável que, na época clássica, o juiz que fez seu o litígio (*iudex qui litem suam fecit*) incorria em responsabilidade civil, se tivesse actuado dolosamente. E o demandante lesado podia demandá-lo com uma *actio in factum*, sendo a condenação no valor que ao julgador parecesse equitativo (*quod aequus et melius erit*), ou seja, dentro da amplitude dos seus poderes que aquela acção, na versão de *actio in bonum et aequum concepta* lhe consente ⁽¹³²⁾.

2.2.3. Época pós-clássica

Durante esta época, que decorre entre os anos 230 e 530 e é marcada pela confusão que, a partir do ano 395, se acentua e generaliza no Império Romano do Ocidente com a vulgarização do direito romano, enquanto no Oriente se reage contra esses fenómenos vulgarísticos na defesa do direito romano clássico ⁽¹³³⁾, a ciência do direito (*iurisprudentia*) procurou adaptar o direito romano às novas

⁽¹²⁷⁾ Neste sentido, vide D'ORS, *o.c.*, 385. Sobre as *actiones in factum conceptae*, vide o nosso *Direito privado romano I. Parte geral*, cit., 333-334.

⁽¹²⁸⁾ Vide D'ORS, *o.c.*, 384-385.

⁽¹²⁹⁾ Vide D'ORS, *o.c.*, 386.

⁽¹³⁰⁾ Vide CRUZ, *o.c.*, 378-379 que assinala a morte de JULIANO provavelmente no ano 168 e a de ULPIANO, provavelmente no ano 228.

⁽¹³¹⁾ No mesmo sentido, vide CREMADES e PARICIO, *o.c.*, 192-208, que, todavia, admitem que a nova opinião de ULPIANO “*radica en una diferente interpretación del alcance de la acción, y esto sería motivado en nuestra opinión, por la aparición de un nuevo factor (...) que sería el surgimiento de remedios extraordinarios frente a la ausencia de sentencia*”. Tal remédio seria a *restitutio in integrum*, pois “*si se podía restituir el juicio ya se podía satisfacer el daño producido por aquella causa, y no se produce la situación de indefensión del demandante*”.

⁽¹³²⁾ Sobre a *actio in bonum et aequum concepta*, vide o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit. 249.

⁽¹³³⁾ Esta defesa, denominada “classicismo” foi possível pela existência de Universidades (Constantinopla, Alexandria e Beirute), cujos professores eram conhecidos por “mestres ecuménicos do saber jurídico”. Vide CRUZ, *o.c.*, 48-51; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., 61-67.

exigências e condições económicas, sociais, religiosas e culturais que caracterizavam esses tempos.

Por isso, não surpreende que a responsabilidade do *iudex qui litem suam fecit* tenha sido reelaborada. Havia outras exigências e um novo sistema de processar (denominado *cognitio extra ordinem*) que exigia mudanças nos pressupostos e condições de que aquela responsabilidade dependia.

Com efeito, as duas fases típicas do processo clássico foram reunidas numa só, na qual o magistrado conhece e decide a questão litigiosa, ou seja, desempenha as funções outrora confiadas ao pretor e a um juiz privado. O (novo) magistrado possui um claro predomínio sobre as actividades das partes no desenvolvimento do processo e, embora possa delegar as suas funções num juiz, este já não é um *iudex privatus*, mas um delegado (*iudex datus, delegatus, pedaneus*) cujas faculdades derivam do magistrado (delegante) e não do acordo das partes corporizado na antiga *formula* processual. A administração da justiça torna-se função estatal e os magistrados são também funcionários, sujeitos a um regime burocrático. Por isso, abre-se a via da *appellatio* da sentença para um funcionário superior. Ao mesmo tempo, aumenta a margem de liberdade do magistrado-juiz, observando-se os ditames da *fides* e do *bonum et aequum* ⁽¹³⁴⁾.

Parece claro que estas profundas alterações no processo romano não podiam deixar se ter reflexos significativos na responsabilidade do juiz. Uma das primeiras terá sido o reconhecimento da culpa (*imprudentia*) ao lado do dolo, como já verificamos nos fragmentos de GAIO retirados da colectânea de direitos (*iura*) denominada *Res Cottidianae*, obra atribuída à época pós-clássica ⁽¹³⁵⁾. Os romanistas não questionam a importância da *imprudentia* nesta época ⁽¹³⁶⁾

Mas, se na época pós-clássica, a responsabilidade do juiz é mais gravosa porque passa a depender também de culpa e não só de dolo (como, parece, na época clássica), perguntar-se-á: porquê? A resposta talvez resida na exigência de conhecimentos jurídicos que, agora, o juiz deve necessariamente possuir. Com efeito, haja em vista que, nas épocas anteriores, o juiz era um simples cidadão escolhido pelas partes a quem competia aplicar o direito já definido pelo pretor na fase anterior do processo (*in iure*), enquanto, agora, é um magis-

⁽¹³⁴⁾ Vide o nosso *Direito privado romano* — I. *Parte geral*, cit., 391-392. Vide também: D'ORS, *o.c.*, 370; e DE MARTINO, *o.c.*, 22-23.

⁽¹³⁵⁾ Vide *supra*, notas 14 e 15; e ARANGIO-RUIZ, *Institutiones de derecho romano*, cit., 421.

⁽¹³⁶⁾ O sentido de *imprudentia* foi questionado, sim, na época clássica, salientando-se que também pode significar falta de conhecimento e não necessariamente falta de diligência ou culpa. Vide D'ORS, *o.c.*, 388-390; DE MARTINO, *o.c.*, 10 e 24; LAMBERTI, *o.c.*, 239 e 265; LONGO, *o.c.*, 408; ARANGIO-RUIZ, *Institutiones de derecho romano*, cit., 424; e WOŁODKIEWICZ, *o.c.*, 74.

trado especialmente vocacionado para declarar e aplicar o direito. Daí, o agravamento da sua responsabilidade.

Ignoramos, naturalmente, onde terá começado esta evolução, que DE MARTINO assinala a partir de Constantino ⁽¹³⁷⁾. Mas não devemos ignorar que o velho processo das fórmulas (*agere per formulas*) desapareceu completamente no século III, substituído pela *cognitio extra ordinem* ⁽¹³⁸⁾.

2.3. Época justinianeia (conclusão)

Acabámos de referir a evolução da responsabilidade civil do juiz que, tendo assumido carácter objectivo foi evoluindo na exigência de comportamento primeiro doloso e depois culposo. Esta posição, que não suscita dúvidas, é corroborada por um texto do Digesto atribuído a PAULO e considerado interpolado ⁽¹³⁹⁾:

D. 9,2,31: “*Se um podador, ao cortar um ramo de árvore ou quem trabalha sobre um andaime, matou um homem que passava, é responsável se aquele caísse em local público e ele não deu vozes para que se pudesse evitar o perigo. Mas também disse Múcio que, se isto mesmo tivesse sucedido em lugar privado, pode reclamar-se por culpa; e que existe culpa, porque, tendo uma pessoa diligente podido avisar, não se avisou ou avisou-se quando não se podia evitar o perigo...*” ⁽¹⁴⁰⁾.

Este fragmento mostra que o conceito jurídico de culpa estava bem presente no direito de Justiniano, reforçando os textos do Digesto (D. 44,7,54 e D. 50,13,6) e das Instituições de Justiniano (I. 4,5pr.) que acima analisámos ⁽¹⁴¹⁾.

No entanto, persiste um problema: o juiz respondia, no direito justinianeu, se ditasse uma sentença injusta?

⁽¹³⁷⁾ Vide DE MARTINO, *o.c.*, 36.

⁽¹³⁸⁾ Vide o nosso *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 390; e DE MARTINO, *o.c.*, 23.

⁽¹³⁹⁾ Vide ARANGIO-RUIZ. *Instituciones de derecho romano*, cit., 424. Todavia, entendemos que a referência que no texto é feita a um jurisconsulto (Múcio) afasta a sua interpolação. A ser assim, estaremos perante a responsabilidade por culpa já na época clássica. Vide também LAMBERTI, *o.c.*, 244-246.

⁽¹⁴⁰⁾ D. 9,2,31: “*Si putator, ex arbore ramum quum deiiceret, vel macchinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi; culpa autem esse, quod, quum a diligente provideri potuerit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, quum periculum evitari non potest...*”.

⁽¹⁴¹⁾ Vide *supra*, n.º 2.1 e notas 12, 13 e 14.

A opinião comum responde afirmativamente ⁽¹⁴²⁾. No entanto, assinala-se também que a injustiça ou o erro do juiz nada tem a ver com a sua responsabilidade civil e, portanto, com a *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*.

Na época clássica, nem as partes nem o pretor se interessavam por este problema: aquelas, porque tendo escolhido livremente o juiz, nele confiaram; o magistrado, porque não interfere na apreciação dos factos e na aplicação do direito.

Na época pós-clássica, a injustiça numa sentença podia ser corrigida em recurso de apelo para o magistrado imediatamente superior, terminando no Imperador; das sentenças inapeláveis proferidas pelo prefeito do pretório podia haver súplica para o Imperador; e mantinha-se o velho expediente extraordinário da *restitutio in integrum* que destruía a sentença quando o juiz foi coagido (*metus*) ⁽¹⁴³⁾. Ou seja, a injustiça podia ser afastada e, portanto, não se vê como o juiz pudesse incorrer em responsabilidade civil por ter proferido uma sentença injusta. Por isso, não se compreende a opinião de que, nesta época, “*la misma calificación de poena que se da a una condena in aequum como si se tratase de una injuria, parece corresponder a esa configuración post-clásica (...) que hace de nuestra acción un recurso de represión de la injustiça de los jueces*” ⁽¹⁴⁴⁾.

Finalmente, na época justinianeia a situação não se alterou. O juiz respondia por comportamento doloso e culposos se não tivesse cumprido as suas obrigações (por favoritismo de uma das partes, por violação de normas processuais, por simples desatenção) ⁽¹⁴⁵⁾, mas não por ter proferido uma sentença injusta. O que significa que, dadas as limitações e o controlo a que estava sujeito, aquela responsabilidade não terá sido frequente. De resto, a corrupção continuou a ser punida, mas no âmbito do direito criminal ⁽¹⁴⁶⁾.

Acresce, para dissipar alguma dúvida, que as partes deviam jurar que não fizeram nenhuma doação ao juiz para que a sentença lhes fosse favorável ⁽¹⁴⁷⁾; o litigante, que fizesse uma doação ao juiz com esse fim, perdia o processo ainda que a sua pretensão fosse justificada ⁽¹⁴⁸⁾; e um juramento semelhante era

⁽¹⁴²⁾ Vide D'ORS. *o.c.*, 369.

⁽¹⁴³⁾ Vide o nosso *Direito privado romano* — I. Parte geral, cit., 408-412. Vide também: DE MARTINO. *o.c.*, 24; e CREMADES e PARICIO. *o.c.*, 192.

⁽¹⁴⁴⁾ Transcrevemos D'ORS. *o.c.*, 390.

⁽¹⁴⁵⁾ Vide LAMBERTI. *o.c.*, 266.

⁽¹⁴⁶⁾ Vide DE MARTINO. *o.c.*, 24; e o nosso *Direito privado romano* — I. Parte geral, cit., 419-420.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. N. 124.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. D. 12,5,2,2; C. 7,49,1.

prestado pelos advogados e o próprio juiz devia jurar que decidiria o litígio de acordo com a verdade e as leis ⁽¹⁴⁹⁾.

3. DIREITO PORTUGUÊS

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, instituiu o actual regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, onde se inclui a responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Esta responsabilidade tem lugar “*por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável*” ⁽¹⁵⁰⁾ e por decisões jurisdicionais “*manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*” ⁽¹⁵¹⁾. E determina que os magistrados judiciais e do Ministério Público respondem por actos praticados no exercício das suas funções, “*quando tenham agido com dolo ou culpa grave*” ⁽¹⁵²⁾.

Todavia, porque “*os magistrados não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das suas funções*” ⁽¹⁵³⁾, o pedido da indemnização deve ser dirigido ao Estado que goza do direito de regresso ⁽¹⁵⁴⁾. E a decisão de exercer este direito cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça ⁽¹⁵⁵⁾.

Há muito que o nosso direito se preocupou com a responsabilidade dos juízes, como observamos nas Ordenações Afonsinas que transcrevemos:

1,25,11: “*E se o juiz a isto não for diligente, e por sua culpa alguém não for preso nos casos em que o deve ser, ou penhorado nos casos, em que penhorado deve ser, mandamos que eles por seus bens corregão, e paguem esses danos, e malfetorias, e de mais lhes seja estranhado nos corpos, como em tal feito couber*”.

1,25,36: “*... e a isto não ponham delonga, em tal modo que os seus corpos e seus bens sejam bem requeridos e aproveitados e venha tudo a boa recadação, como cumpre, sob pena de esses juízes pagarem tudo por seus bens*”.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. C. 3,1,14.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. art. 12.º

⁽¹⁵¹⁾ Cf. art. 13.º, n.º 1.

⁽¹⁵²⁾ Cf. art. 14.º, n.º 1.

⁽¹⁵³⁾ Cf. art. 14.º, n.º 1.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. art. 14.º, n.º 2.

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. art. 14.º, n.º 2.

O Juiz responde, com os seus bens, nos danos causados por falta de diligência no mandato de prisão ou na penhora de bens nos casos previstos, mas não se refere a favor de quem: do demandante? Da Coroa?

Quanto às Ordenações Manuelinas, começam por determinar que, quando o Corregedor entrar na Comarca, “*primeiramente começará no lugar onde primeiro entrar a fazer correcção, perguntando logo por juramento aos Officiais da Correcção, assim os Juizes e Officiais que foram o ano passado*”⁽¹⁵⁶⁾, perguntando “*se recebia peitas ou dádivas de alguns Grandes ou Fidalgos por lhes ser favorável, algum dos seus feitos, ou dos seus, ou de quaisquer outras pessoas da sua Comarca*”⁽¹⁵⁷⁾.

Determinam ainda que “*os Desembargadores e Julgadores e quaisquer outros Officiais, assim da justiça como da nossa Fazenda e bem assim da nossa Casa (...) não recebam para si nem para filhos seus nem pessoas que debaixo de seu poder e governança estejam, nem presentes de pessoa alguma que seja*”. E dispõem que “*quem o contrário fizer, perderá qualquer Officio, que tiver e mais pagará vinte por um do que receber, metade para quem acusar e outra para a nossa Câmara*”.

Há a preocupação de confiar a administração da justiça a pessoas insuspeitas e de preservar a sua independência e imparcialidade.

Mais tarde, as Ordenações Filipinas contêm diversas disposições que importa transcrever:

1,5,4: “*E mandamos que todos os nossos Desembargadores, que não cumprirem e guardarem nossas Ordenações inteiramente, sendo-lhes alegadas, paguem às partes, em cujo favor forem alegadas, vinte cruzados, e sejam suspensos de seus Officios até nossa mercê, e por esse mesmo feito ficarão suspeitos às ditas partes em que os feitos, de que assim forem Juizes*”.

1,65,9: “*E havemos por bem que nenhum Juiz ordinário, que por eleição saia, seja condenado em custas, salvo quando constar que interveio sua malícia no caso, em que merece ser condenado. E isto não haverá lugar nos Juizes das cidades e vilas notáveis, e outras, onde alguma hora já mandámos Juizes de fora, nem em Juizes de outras vilas cercadas e grandes, e semelhantes às notáveis, porque tais Juizes poderão ser condenados em custas, segundo a sua malícia, culpa ou negligência for...*”.

1,65,10: “*E os Juizes não levarão dinheiro às partes, ainda que lho elas de sua vontade queiram dar, para se aconselharem sobre seus feitos*”.

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. Ordenações Manuelinas. I.41.1.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. Ordenações Manuelinas. I. 41.6.

civis ou crimes (...) e o Juiz que tal dinheiro levar, o pagará noveado da cadeia, a metade para o que o acusar e a outra parte para a parte de quem o tomou. E haverá a mais pena que Nós houvermos por bem”.

Como se observa, os juízes são obrigados a pagar às partes prejudicadas uma importância fixa se não cumprirem as Ordenações, além de incorrerem em responsabilidade disciplinar. Há também lugar para o pagamento das custas se actuou por malícia ou culpa e combate-se a recepção de dinheiro com a prisão e restituição do que tiver recebido. Estamos, todavia, fora da responsabilidade civil ⁽¹⁵⁸⁾.

Volvidas algumas centúrias, o Código Civil de Seabra consagrou expressamente a irresponsabilidade dos juízes nos seus julgamentos, “*excepto nos casos em que, por via de recursos competentes, as suas sentenças forem anuladas ou reformadas por sua ilegalidade, e se deixar expressamente aos lesados direito salvo para haverem perdas e danos, ou se os mesmos juízes forem multados ou condenados nas custas, em conformidade do código de processo*” ⁽¹⁵⁹⁾. Refere, logo a seguir, que “*o que fica disposto no artigo precedente não obsta às acções, que podem ser intentadas contra os juízes, pelos crimes, abusos e erros de officio, que cometam no exercício de suas funções*” ⁽¹⁶⁰⁾. E, no caso de ter havido uma sentença criminal executada e depois se provar que a condenação foi injusta, dá-se ao condenado ou seus herdeiros “*o direito de haver reparação de perdas e danos, que será feita pela Fazenda Nacional, precedendo sentença controvertida com o Ministério Público em processo ordinário*” ⁽¹⁶¹⁾.

Como se verifica, o Código de 1867 avançou mais, conferindo à parte lesada por sentença anulada ou reformada por ilegalidade, o direito de ser indemnizada por perdas e danos. Ademais, tratando-se de sentença contra o juiz por crime, abuso ou erro de officio, o próprio juiz poderá ser demandado. E se a sentença tiver sido injusta, cabe ao Estado reparar o dano causado.

Transcrevendo Pinto Osório, João Aveiro PEREIRA aponta, “*como justificação para esta regulamentação especial (...), a circunstância ponderosa de que da integridade, ciência e consciência dos juízes dependem, a cada passo, a liberdade, a honra e a fortuna dos indivíduos*” ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Vide Pascoal José de Melo FREIRE. *Instituições de direito criminal português*. trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses, no *BMJ*, 156 (Maio, 1966), 73.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. art. 2401.º

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. art. 2402.º

⁽¹⁶¹⁾ Cf. art. 2403.º

⁽¹⁶²⁾ Vide João Aveiro PEREIRA, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2001), 141.

Seguiu-se a Constituição de 1911, o Código de Processo Civil de 1939 e a Constituição de 1976 que responsabiliza civilmente o Estado e as demais entidades públicas “*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 resulta violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem*” ⁽¹⁶³⁾. A Lei Fundamental não refere expressamente as acções ou omissões de natureza jurisdicional, mas há quem defenda que “*o seu teor literal leva a considerar a responsabilidade do Estado por actos legislativos e por actos jurisdicionais*” ⁽¹⁶⁴⁾.

Esboçada a evolução da responsabilidade civil dos juízes ⁽¹⁶⁵⁾, importa ter presente que “*o regime aprovado (pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro) representa uma evolução e uma mudança da responsabilidade civil extracontratual do Estado*”, nas palavras de José Manuel Cardoso da COSTA ⁽¹⁶⁶⁾.

Já referimos os seus pontos nucleares, mas importa ainda ter presente que os nossos Magistrados (Judiciais e do Ministério Público) não respondem directamente perante os lesados, mas só em via de regresso e a decisão de exercer este direito cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça. Deste modo, aos respectivos Conselhos Disciplinares cabe a função de determinar se o magistrado (sobre quem exercem o poder disciplinar) actuou com dolo ou culpa grave ⁽¹⁶⁷⁾.

Esta decisão, que, segundo Cardoso da COSTA, envolve um tratamento privilegiado em relação aos restantes “funcionários” quer dos tribunais quer dos restantes sectores da Administração Pública, cuja responsabilidade é directa e solidária com o Estado ⁽¹⁶⁸⁾, visa, “*no que se reporta aos juízes (...), preservar ainda a sua independência, a qual tem justamente como uma das suas expressões ou corolários um “princípio” de “irresponsabilidade”*” ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶³⁾ Cf. art. 22.º

⁽¹⁶⁴⁾ Transcrevemos PEREIRA, *o.c.*, 105. O Autor refere-se a Gomes Canotilho e a Vital Moreira. E considera que “*outra solução não nos parece mais ajustada senão a que reconhece dignidade constituinte ao princípio da responsabilidade civil do Estado por actos praticados no exercício da função jurisdicional lesivos dos direitos dos cidadãos*”.

⁽¹⁶⁵⁾ Para maior desenvolvimento, Vide PEREIRA, *o.c.*, 13-29 e 94-109.

⁽¹⁶⁶⁾ Vide José Manuel Cardoso da COSTA, *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita I* (Coimbra Editora / Coimbra, 2009) 501.

⁽¹⁶⁷⁾ Excluída está a responsabilidade dos magistrados por culpa leve. Neste caso, o Estado responde, mas sem direito de regresso. Vide COSTA, *ibidem* 508.

⁽¹⁶⁸⁾ Vide COSTA, *ibidem*, 516.

⁽¹⁶⁹⁾ Transcrevemos COSTA, *ibidem*, 517.

Apontam-se algumas situações em que o juiz incorre em responsabilidade civil. O legislador só referiu o caso da decisão judicial não ser proferida em prazo razoável ⁽¹⁷⁰⁾, mas apontam-se várias situações: v.g., “*sentença criminal proferida por apontamento quando só passados vários meses, ou até anos, é que a respectiva versão escrita surge elaborada e entranhada nos autos, eventualmente com uma fundamentação ou uma pena mais grave em relação ao que fora comunicado ao arguido verbalmente, na audiência*”; “*um engano indesculpável na elaboração do um cúmulo de penas em virtude do que um arguido haja estado mais tempo preso do que devia*”; “*o prosseguimento de um processo segundo determinada forma, errónea, que demonstre um indesculpável desconhecimento da lei adjectiva e que fira os direitos de qualquer das partes*” ⁽¹⁷¹⁾; etc.

Em abono da responsabilidade dos magistrados judiciais e do Ministério Público, refere-se que o poder ilimitado favorece excessos, sendo necessárias formas de controlo ⁽¹⁷²⁾; e que aquela responsabilidade é factor de independência externa e de legitimidade ⁽¹⁷³⁾. Mas também se observa que se trata de situações raras, referindo-se, como uma das explicações, “*a cuidada selecção dos candidatos à judicatura, que permite a obtenção de um escol de magistrados de elevado nível moral e deontológico*” ⁽¹⁷⁴⁾.

Importância especial reveste o erro judiciário. Como observa Cardoso da COSTA, “*o erro do juiz — a possibilidade do qual é sempre (por força da natureza das coisas e dos homens) uma inevitabilidade — não será rigorosamente reconduzível, enquanto puro erro, e só por si (...) a uma situação de “ilicitude”: quando simplesmente “erra”, o juiz não terá propriam “nte (violado) o direito, mas antes feito dele uma interpretação e aplicação que, de um ponto de vista externo, serão incorrectas*” ⁽¹⁷⁵⁾. Por isso, considera que “*a responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do erro judiciário haja de ser limitado, e restringir-se a determinadas situações cuja gravidade a possam justificar*” ⁽¹⁷⁶⁾.

Creemos que a preocupação de Cardoso da COSTA é absolutamente pertinente e, por isso, consideramos que bem andou o nosso legislador quando exige um “*erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*” ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Cf. art. 12.º da Lei n.º 67/2007.

⁽¹⁷¹⁾ Transcrevemos PEREIRA, *o.c.*, 132-133.

⁽¹⁷²⁾ Vide PEREIRA, *o.c.*, 37.

⁽¹⁷³⁾ Vide PEREIRA, *o.c.*, 55-56.

⁽¹⁷⁴⁾ Transcrevemos PEREIRA, *o.c.*, 52.

⁽¹⁷⁵⁾ Vide COSTA, *o.c.*, 510.

⁽¹⁷⁶⁾ Voltamos a transcrever COSTA, *o.c.*, 511. Vide também PEREIRA, *o.c.*, 202-211 que refere que “*nalguns casos graves, a lei prevê o recurso extraordinário de revisão para reparação jurídica do julgado*”.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. art. 13.º, n.º 1.

Importa, finalmente, fazer referência à sentença injusta. João Aveiro PEREIRA nota que “*o nosso legislador não diz (o que é uma condenação injusta), nem, em nossa opinião, tinha que o dizer*” porque “*tal definição em termos abstractos levar-nos-ia muito longe em reflexão filosófica sobre a ontologia da Justiça*”⁽¹⁷⁸⁾. Não deixa, porém, de assinalar, na nossa Constituição, algumas situações de sentença injusta relativamente às quais “*se admite a revisão da sentença ou de despacho que ponha termo ao processo*”⁽¹⁷⁹⁾.

O Código de Processo Penal determina que “*quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos*” quando “*a privação da liberdade for ilegal nos termos do n.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º*” E quando “*se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia*” ou “*se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente*”. E dispõe ainda que, nestas duas últimas situações, “*o dever de indemnização cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade*”⁽¹⁸⁰⁾.

Em acórdão proferido em 28 de Janeiro de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça referiu que o erro grosseiro aí consignado “*é um erro indesculpável, crasso ou palmar, cometido contra todas as evidências e no qual incorre quem actua sem os conhecimentos ou as diligências exigíveis, bem como o acto temerário, no qual, devido à ambiguidade da situação, se corre o risco evidente de provocar um resultado injusto*”⁽¹⁸¹⁾. Como nota Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, “*o Estado é responsável pela indemnização do sacrifício*” e, por isso, deve “*indemnizar os danos especiais e anormais que dele tenham resultado*”⁽¹⁸²⁾.

Depois, no caso de revisão de sentença criminal condenatória que absolva o arguido, o mesmo Código dispõe que, além da publicidade através de “*certidão afixada à porta do tribunal da comarca da sua última residência e do tribunal que tiver proferido a condenação e, ainda, da publicação em três números consecutivos de jornal da sede deste último tribunal ou da localidade mais próxima se naquela não houver jornais*”⁽¹⁸³⁾, a “*sentença atribui ao arguido indemnização pelos danos sofridos*”⁽¹⁸⁴⁾; e, ainda, que “*a indemnização é paga*

⁽¹⁷⁸⁾ Transcrevemos PEREIRA, *o.c.*, 223.

⁽¹⁷⁹⁾ Novamente transcrevemos PEREIRA, *o.c.*, 223. O Autor refere algumas situações.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. art. 225.º

⁽¹⁸¹⁾ Vide esta acórdão em Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário ao código de processo penal3* (Universidade Católica Editora / Lisboa, 2009), 619.

⁽¹⁸²⁾ Transcrevemos Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário ao código de processo penal3* (Universidade Católica Editora / Lisboa, 2009) 621.

⁽¹⁸³⁾ Transcrevemos o art. 461.º, n.º 2.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. art. 462.º, n.º 1.

pelo Estado” que fixa “*sub-rogado no direito do arguido contra os responsáveis por factos que tiverem determinado a decisão revista*” ⁽¹⁸⁵⁾.

Segundo João Aveiro PEREIRA, “*tal indemnização justifica-se também no caso de a sentença revista e a de revisão serem ambas de condenação, desde que esta última condene em pena mais leve, mormente quando o arguido tenha cumprido pena de prisão superior àquela por que finalmente foi condenado*” ⁽¹⁸⁶⁾. Porém, esta opinião não é pacífica, havendo quem considere que, neste caso, “*a indemnização não é devida*”.

Observa-se que, tratando-se da privação da liberdade, a lei faz depender a indemnização de erro grosseiro na apreciação dos factos, exceptuando se o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente. Mas, tratando-se da revisão de sentença condenatória, revisão que absolveu o arguido, não há referência a erro grosseiro.

Por outro lado, embora estejamos no âmbito específico do direito penal, pensamos que a mesma solução se pode estender ao campo civil, considerando-se a sentença injusta como “*uma decisão manifestamente inconstitucional ou ilegal ou, sobretudo, injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*”, como refere a Lei n.º 67/2007, já referida ⁽¹⁸⁷⁾.

4. CONCLUSÃO

Considerando a evolução por que passou o direito romano e a ciência jurídica de Roma, pudemos observar que a responsabilidade do juiz que fez seu o litígio começou por revestir um carácter puramente objectivo, ou seja, independentemente da existência ou não de culpa e de dolo.

Mais tarde, na época áurea do direito romano (época clássica), aparece o dolo como requisito essencial daquela responsabilidade. Todavia, de fora estava a sentença injusta, quer porque o juiz devia respeitar integralmente as determinações do magistrado (pretor) impostas na *formula* processual (onde se referia a pretensão do demandante e eventualmente a resposta do demandado e se fixava o direito que devia ser aplicado), quer porque o juiz tinha sido escolhido pelas partes que, portanto, nele confiavam, obrigando-se a cumprir a sua sentença. Neste cenário, a função do juiz esgotava-se na sentença, na qual o pretor em nada interferia. O juiz respondia se não cumprisse a obrigação assumida de

⁽¹⁸⁵⁾ Cf. art. 462.º, n.º 2.

⁽¹⁸⁶⁾ Continuamos a transcrever PEREIRA, *o.c.*, 224. Todavia, esta posição não é pacífica: há quem, pelo contrário, considere que a indemnização não é, neste caso, devida. Vide ALBUQUERQUE, *o.c.*, 1206.

⁽¹⁸⁷⁾ Cf. art. 13.º, n.º 1.

decidir o litígio quer porque não proferiu a sentença, quer porque permitiu que o prazo assinalado se esgotasse e não pediu a sua prorrogação, fazendo com que a acção se extinguisse e, portanto, causando um dano ao demandante. E respondia igualmente se não observasse as determinações da *formula* processual, v. g., condenando o demandado em mais ou em menos.

Posteriormente, na época pós-clássica, com a elevação da vontade a elemento central dos negócios jurídicos e da vida jurídica em geral e a consequente subalternização das palavras (*verba*) reduzidas a simples instrumento de manifestação da *voluntas*, foi possível valorar a intencionalidade (o *animus*) quer dos autores dos actos e negócios jurídicos quer dos próprios juízes. Por isso, a sua responsabilidade passou a depender de culpa, embora em situações mais restritas, por efeito da substituição do antigo processo das fórmulas (*agere per formulas*) pelo novo sistema da *cognitio extra ordinem*: não se põe, doravante, o não cumprimento das determinações da fórmula processual, porque desapareceu; mas continua a pôr-se a responsabilidade pelo incumprimento dos prazos e de outros actos processuais. A injustiça mantém-se ausente, porque há, agora, um sistema de recursos que permite o seu afastamento.

Finalmente, no direito justinianeu mantém-se o regime pós-clássico e tomaram-se medidas para evitar comportamentos indesejáveis, como a tentação de as partes fazerem doações ao juiz e a necessidade de vincular a consciência dos agentes processuais e do próprio juiz à verdade e às leis.

Passando ao direito português, as nossas primeiras Ordenações punem, com a perda de bens, a falta de diligência e a culpa dos juízes e, muito especialmente, preocupam-se com os atrasos processuais. Dir-se-ia que estas preocupações já se encontravam no velho Império Romano e, quiçá, não surpreenda que os redactores das Ordenações Afonsinas se tenham inspirado no direito romano que, tendo renascido em Itália, no século XII, rapidamente chegou a Portugal, veio a ser leccionado no nosso *Studium Generale*, imediatamente após a sua fundação.

Todavia, foi preciso chegar quase aos nossos dias para se consagrar claramente a responsabilidade civil do Estado e dos magistrados (judiciais e do Ministério Público) por sentenças que, proferidas por dolo ou culpa grave (ou por erro grosseiro na apreciação dos factos) tenham causado dano a alguma das partes.

Contrariamente ao que sucedia no direito romano, esta responsabilidade não está afastada nas sentenças manifestamente injustas. No entanto, enquanto naquele direito o juiz respondia por simples culpa (*imprudencia*), agora só responde se actuar com dolo, culpa grave ou erro grosseiro. E a diferença é muito importante na defesa do princípio da independência e da imparcialidade dos juízes.

Como ensina CASTANHEIRA NEVES, “é necessário que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio

técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestam” E “*para se assumir esse direito é indispensável o juiz*” e “*por isso é eminente a sua tarefa nobre e o papel que dele se espera*”⁽¹⁸⁸⁾.

Para cumprir esta tarefa nobre não basta a rigorosa selecção e a necessária preparação científica, técnica e deontológica que os nossos Magistrados recebem no Centro de Estudos Judiciários. É indispensável a sólida formação jurídica que só as Faculdades de Direito podem dar.

ABREVIATURAS

- AHDE — *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid).
 BFD — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Coimbra).
 BIDR — *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* (Roma).
 BMJ — *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa).
 IURA — *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* (Nápoles).
 JUS — *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche* (Milão).
 Labeo — *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* (Nápoles).
 RIDA — *Révue Internationale des Droits de l'Antiquité* (Bruxelas).
 RISG — *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* (Milão).
 SDHI — *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma).
 Studia Iuridica — *Studia Iuridica* (Coimbra Editora / Coimbra).
 SZZ — *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römianistische Abteilung* (Weimar).

FONTES JURÍDICAS

- C — *Codex (Corpus Iuris Civilis)*.
 C. Theod — *Codex Theodosianus*.
 COLL. — *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio em FIRA. Pars altera. Auctores* (S. A. G. Barbèra / Florença, 1964).
 D. — *Digesto (Corpus Iuris Civilis)*.
 FIRA — *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars altera. Auctores* (S. A. G. Barbèra / Florença, 1964).
 GAIO — *Instituições de direito privado romano. trad. do latim por J. A. Segurado e Campos* (Ed. C. Gulnenkian / Lisboa, 2010).
 I. — *Institutiones de Justiniano (Corpus Iuris Civilis)*.
 LEI DAS XII TÁBUAS *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones de César Rascón García y José María García González*² (Tecnos / Madrid, 1996).

⁽¹⁸⁸⁾ Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito no BFD LXXIV* (1998) 43.

LEI N.º 67/2007 Publicada Diário da República. 1.ª Série, n.º 251, de 31 de Dezembro.

N — *Novellae (Corpus Iuris Civilis)*

ORDENAÇÕES AFONSINAS Ordenações Filipinas (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa, 1998).

ORDENAÇÕES FILIPINAS Ordenações Filipinas (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa).

ORDENAÇÕES MANUELINAS Ordenações Manuelinas (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa, 1984).

CÓDIGO CIVIL DE 1867.

CÓDIGO CIVIL DE 1966.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Comentado por Doutor Paulo Pinto de Albuquerque (Universidade Católica / Lisboa, 2009).

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA 7.ª ed. por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (Coimbra

Editora / Coimbra, 2005).

PS. — *Pauli sententiae receptae em FIRA Pars altera. Auctores* (S. A. G. Barbèra / Florença, 1964).