

## - ERRO JUDICIÁRIO, PRISÃO ILEGAL E DIREITOS HUMANOS

### INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS DE ABUSO DE PODER, À LUZ DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (\*)

candidomaia@uol.com.br

Para iniciar este estudo, relembremos o maior erro cometido por autoridades judiciais (romana) na história da humanidade, a acusação, o julgamento e a condenação capital de Jesus Cristo, prisão ilegal, sem motivos, provas forjadas – ilícitas -, juiz arbitrário e dependente. O réu tornou-se vítima e suas últimas palavras foram “Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem (Habib, Sérgio, in “O Julgamento de Jesus”; Revista Prática Jurídica, Ano I, n.º 9 – 31-12-02, ed. Consulex, pg. 18/22).

Também, o Caso verídico que envolveu os irmãos Joaquim e Sebastião Naves, na época de 1937, na cidade de Araguari, Estado de Minas Gerais, condenados por homicídio inexistente, onde a autoridade policial prendeu e torturou até a mãe dos acusados, somente após mais de oito anos de prisão restou provada a inocência. Um dos maiores erros judiciários na história da administração da justiça brasileira definido pelo Supremo Tribunal Federal, através do Ministro relator Henrique D’Avila, que o responsável responde pelas indenizações de direito, ou seja obrigações decorrentes de ato ilícito. (Dotti, René Ariel, in “O Caso dos Irmãos Naves”; Revista Brasileira de Ciências Criminais; ano 2, n.º 8, outubro-dezembro, 1994, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo).

Aqueles que se manifestam contra injustiças, impunidades e abusos de Poder, que lutam por uma verdadeira e correta aplicação da lei e em prol dos Direitos Humanos, são crucificados, torturados, mutilados, enforcados, queimados, assassinados e presos, como: São Pedro e São Paulo, Tiradentes, Joana D’Arc, Martin Luter King, e tantos outros.

Nenhuma espécie de deficiência na estrutura administrativa-jurisdicional do Estado pode fazer com que o profissional técnico e moralmente competente, comprometido com a Justiça, se cale ou se acomode frente a um erro judiciário ou a uma detenção ilegal.

O pagamento das indenizações do Estado por erro judiciário ou por tempo de encarceramento superior ao determinado por lei ou acima do “quantum” da pena estipulada na sentença criminal, rege-se, hoje, em base a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/00, LRF), segundo o disposto no art. 163 usque 169; art. 99 e art. 127 da Constituição Federal, c.c art. 386 do Código de Processo Penal, para a aplicação e interpretação correta das normas como determina o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF).

O dispositivo legal referente ao direito de indenização por erro judiciário e prisão ilegal, refere-se a uma garantia fundamental constitucional da cidadania, com amparo nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos (paráf. 2º art. 5º CF), ensina Luiz Vicente Cernicchiaro que garantia fundamental é uma clausula pétrea auto-aplicável (paráf. 1º art. 5º CF) e não se permite alteração ou abolição, somente via emenda constitucional (art.60, paráf. 4º, inciso III CF), assim prelecionam o ex-ministro do STJ em seu trabalho em conjunto com Paulo José da Costa Jr; Francesco C. Palazzo; e Vicente Greco Filho (in “Direito Penal na Constituição”, ed. RT-SP, 1990; “ed. Fabris-PoA, 1989; e “Tutela Constitucional das Liberdades”, ed. Saraiva-SP, 1989; respectivamente).

“O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (inc. LXXV do art. 5º CF).

Existe, portanto, a necessidade de diferenciar algumas formas de indenizações:

I- aos condenados por erro judiciário

1.1 “não constituir o fato infração penal” - art. 386 do inc. iii do Código de Processo Penal

II- aos presos condenados além do tempo fixado na sentença criminal com transito em julgado material e formal

2.1 dolo, “caput” e incisos art. 350 Código Penal – Abuso de Poder,

2.2 culpa, displicência-negligência na expedição ou execução do Alvará de Soltura,

2.2 Lei n. 4.898/65 - Abuso de Autoridade, arts.3º e 4º

III- aos presos provisórios ou condenados que sofrerem atentados contra à incolumidade-integridade física ou moral (art. 38 e art. 40 das Leis ns. 7.209/84 e 7.210/84 e inciso xlix do art. 5º CF) (Ver Maia Neto, Cândido F.: “Direitos Humanos do Preso”, ed. Forense, 1989, R.J.)

IV- aos que sofrerem restrições ao direito fundamental de ir e vir (“ius libertatis”), ou seja: coação ilegal, espécie de constrangimento, falta de justa causa para a instauração de inquérito policial ou da ação penal, excesso de prazo na detenção com demonstrações de desnecessidade, maneira mal intencionada pela autoridade, rigor excessivo na prisão, flagrante completo de vícios ou irregularidades (art.647 Código de Processo Penal).

Sujeitando todos agentes ou autoridades policiais, judiciais e jurisdicionais que deram causa ao dano ou que agiram intencionalmente (por dolo), que exercem cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração (art. 327 do Código Penal).

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”; e “conceder-se-á hábeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (incisos xxxvi, xxxiv letra “a”, e lxxviii do art. 5º CF).

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; e “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (incisos LXV e LXVI do art. 5º CF).

O Código de Processo Penal brasileiro vigente considera coação e constrangimento ilegal, excesso de prazo para a formação da culpa ou para o término da instrução criminal, sendo sanável por meio do remédio heróico do instituto do “habeas corpus” (art.647 CPP).

Ademais: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, através da Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei nº 1060/1950) ou da Defensoria Pública (art. 133 e 134 da Constituição Federal), as vítimas de erro judiciário ou por abuso de poder, que comprovarem carência de recursos econômicos.

Com a vigência da LRF e dos mencionados dispositivos constitucionais, compreende “Estado”, tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário; e o Ministério Público na qualidade de instituição essencial a função jurisdicional da Administração Pública da Justiça, detentora de autonomia e independência administrativa e financeira (art. 127 CF).

A Lei de Responsabilidade Fiscal no art. 1º expressa taxativamente a divisão e o controle dos recursos orçamentários da União, compreendendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em outras palavras o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Por sua vez, a Carta Magna estabelece que os Poderes Públicos são independentes e harmônicos entre si (art. 2º CF).

No contexto do Estado Democrático de Direito a configuração de um erro judiciário cometido por magistrados ou representantes do Ministério Público, o “quantum” da indenização e/ou o valor monetário do ressarcimento financeiro, não mais deve sair somente dos cofres do Executivo, propriamente dito, como ocorrida outrora, mas sim do orçamento de cada Poder ou instituição estatal. O ordenamento jurídico enquadra esta questão no sistema republicano de governo, seja a nível federal, estadual ou municipal à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal.

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios...” (art. 1º CF), assim deve ser respeitada a divisão dos Poderes, as competências e as atribuições específicas, as previsões orçamentárias definidas na Carta Magna, na Lei de Responsabilidades Fiscais e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, em observância aos princípios da representação popular, da responsabilidade funcional ou administrativa, da indelegabilidade de funções - “no iudex ex officio” -, como reitores do Estado Democrático de Direito que proíbe transferências de encargos públicos, delegações de funções judiciais e/ou entre Poderes Públicos.

É importante ressaltarmos. Nesta ótica jurídica e em base a devida aplicação e interpretação do dispositivo constitucional referente ao erro judiciário, todos os agentes políticos, servidores e funcionários públicos estão obrigados a atuarem sob o maior e estrito respeito às leis e à Constituição federal, especialmente no que se refere às garantias fundamentais individuais e coletivas da cidadania.

Vige no Estado Democrático de Direito, segundo o art. 5º da Carta Magna, o princípio da presunção de inocência (inc. LVII), a inviolabilidade da vida privada e da honra (inc. X), bem como o “onus probandi”, isto é o encargo probatório da “acusação”, a inércia e a imparcialidade judicial nos termos da legislação positiva.

De outro lado, a Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei n.35/79), a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, e da União (Leis ns.8.625/93; 75/93), impõem deveres aos seus representantes, dentre eles o de aplicar e fiscalizar corretamente a norma vigente, em nome da prestação jurisdicional adequada, assegurando ademais os direitos e garantias fundamentais da cidadania, a fim de, em outras palavras, zelar também pelo prestígio da Justiça, respeitando os princípios norteadores do regime democrático e as cláusulas dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

Os Poderes e as instituições públicas respondem por erros, má-fé, incompetência funcional, negligência (displicência), imprudência, por atos de corrupção de seus agentes, por desvio de função e abuso de autoridade, quando seus representantes causam danos morais e prejuízos materiais à cidadania.

É perfeitamente possível acontecerem vários erros judiciários. A Administração da Justiça é composta por seres humanos (juízes de direito, promotor de justiça...), e estes agem e atuam amparado no livre arbítrio (má-fé ou boa-fé). O dito popular: “o juiz não era, apenas se equivocou”, necessita ser olvidado e desmentido. Existem muitos juizes de “direito” e promotores de “justiça” que são absolutamente rigorosos em excesso, ultrapassam muitas vezes os limites legais, quando aplicam e interpretam o direito em prejuízo do réu. Cometem, desta forma, excessos, seja em busca da tranqüilidade social ou em nome da segurança pública para a contenção da criminalidade, como até para satisfazer anseios pessoais.

O princípio do livre convencimento como garantia fundamental institucional e funcional possui limites

certos, a atuação destas autoridades quando sob interesse individual, caracteriza sem dúvida crime doloso à luz do direito penal.

No direito penal democrático, a dúvida, sempre se deve interpretar de maneira favorável ao réu e nunca em seu prejuízo (princípio “in dubio pro reo”; analogia “in bonam partem”; retroatividade da lei mais benigna; limite do cumprimento da pena privativa de liberdade; condenação criminal somente em base a prova concreta da culpabilidade, etc.).

Erro judiciário não significa apenas aquele cometido contra o condenado, mas também uma acusação, processamento e condenação penal equivocada; prisão provisória indevida e cumprimento de pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão) além do definido na sentença condenatória. Trata-se de um desacerto, de um engano, de uma falha funcional ou de um acidente inadmissível ante os princípios que regem a Justiça e a verdade real.

Ao nosso ver a indenização por erro judiciário pode ser tanto para o processado que responde em liberdade como para o réu condenado que se encontra encarcerado.

O Judiciário e o Ministério Público que direta ou indiretamente, por meio de seus representantes legais, que derem causa a qualquer espécie de erro, sobre matéria de direito penal material ou formal (acusação-processamento indevida, prisão além do tempo legal), estão sujeitos a responsabilizações indenizatórias; posto que vige o princípio da impessoalidade na administração pública, respondendo o Estado através de seu órgão ou Poder específico.

Faz-se necessário que o Ministério Público proceda a análise legal do dolo e/ou da culpa para denunciar, daí a grande responsabilidade dos membros do “Parquet” e dos Magistrados no instante do recebimento da exordial e da conseqüente instauração da Ação Penal. Toda decisão ou despacho judicial deve ser amplamente motivado e fundamentado de fato e de direito, “ex vi” do art. 41 do Código de Processo Penal e art. 93, inc. IX da Constituição Federal, sob pena de acarretar nulidade ao ato.

Ao Ministério Público incumbe a proteção dos direitos indisponíveis da cidadania, o “ius libertatis”, o direito consagrado de ir e vir, a correta aplicação e fiscalização da lei para o devido processo legal, sejam daqueles que se encontram “intra” ou “extra murus”; por sua vez, ao Poder Judiciário compete a necessária e justa prestação jurisdicional, para a realização de um serviço íntegro e transparente em benefício do povo, do País e sobretudo em resguardo do princípio universal de Justiça. (Maia Neto, Cândido F.: “O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”; ed. Juruá, 2002, Curitiba-PR)

O representante do Ministério Público não é um Promotor de Acusação, como ainda alguns tentam chamá-lo; pelo contrário, Promotor de Justiça é a nomenclatura adequada ao cargo que define a nobre função de um defensor dos direitos indisponíveis da sociedade por excelência (Ombudsman dos Direitos Humanos), competindo-lhe primordialmente a tutela intransigente dos direitos constitucionais fundamentais da cidadania, para a correta interpretação e aplicação das normas vigentes, em nome do regime democrático, dos direitos dos presos e dos processados, especialmente dos direitos das vítimas de crime de abuso de poder e de erro judiciário.

Uma acusação indevida ou forçada é aquela sem provas suficientes, caracteriza ato de má-fé, por parte do agente ministerial, assim quando tenta agravar a situação, na busca incessante de qualificar o crime e prejudicar o réu; porém quando o Promotor de Justiça age com Justiça, em base ao princípio da proporcionalidade do dano e do ato, verificando a utilidade do movimento da máquina judiciária, consciente de seu livre convencimento e do encargo probatório (“ônus probandi”), procurando respeitar os direitos indisponíveis da cidadania e o devido processo legal, age com a mais estrita boa-fé, atenuando para minimizar os efeitos negativos do processamento criminal, nos moldes das Diretrizes Básicas das Nações Unidas para os Representantes do

Ministério Público (Cláusula 17 e 18, Res. 45/110 - 1990 ONU, Ver. Maia Neto, Cândido Furtado, in Código de Direitos Humanos. Para a Justiça Criminal Brasileira, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003).

Diz o mencionado documento das Nações Unidas que o processo criminal e a prisão, são por natureza estigmatizante e produzem efeitos negativos irreparáveis, devendo os agentes do Ministério Públicos sempre, devem evitar e procurar outras vias judiciais, que não sejam as instâncias penais, para a resolução de determinados conflitos sociais, que tragam efetivas e adequadas respostas, tanto para a segurança e ordem pública, como para as vítimas de crimes.

Os instrumentos de Direitos Humanos conceituam como vítimas de crime e de abuso de poder (Beristain, Antonio: "A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia"; ed. UNB, 2000, Brasília-DF, trad. Cândido Furtado Maia Neto), as pessoas que:

- 1- individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um agrave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado-membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder;
- 2- o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado; e
- 3- a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas tenham sofrido um prejuízo ao intervieram para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Aplica-se o conceito sem distinção alguma, seja de raça, cor, sexo, idade, língua, nacionalidade, opiniões políticas ou outras crenças, ou práticas culturais, situações econômica, nascimento ou situação militar, origem; étnica ou social, ou capacidade física; define, assim a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1985), com relação ao direito à integridade pessoal e às garantias judiciais.

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU-1948), o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU-1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, OEA-1969), expressam em suas cláusulas pétreas que todas as pessoas possuem direito as garantias judiciais de revisão, de acordo com os graus jurisdicionais e os Tribunais previamente definidos na Constituição e nas Leis de cada País; e que os recursos sejam rápidos e eficientes, para restabelecer o "status quo" anteriormente violado por autoridades estatais (arts. 9º, 10 e 11; art. 14; e arts 5º e 8º, respectivamente). Observamos que estes instrumentos de Direitos Humanos possuem aceitação universal tácita e formal, regularmente aderidos pelo governo federal, nos termos do processo legislativo próprio. (Ver Maia Neto, Cândido F.: "Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira"; ed. Forense 2003.RJ)

Os Direitos Humanos não serve somente para proteger presos e processados, especialmente, serve para punir os excessos do Estado, quando seus agentes e autoridades públicas são arbitrárias e abusam do Poder, ultrapassam os limites da lei e da Constituição; portanto, em outras palavras, os Direitos Humanos protege e defende a cidadania, a sociedade em geral, contra ilegalidades e restabelece lesão e ameaça de direito líquido e certo.

Em nível de proteção internacional sobre as garantias fundamentais e judiciais, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP/ONU) ; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH/OEA), estipulam a necessidade e obrigatoriedade de indenização por erro judiciário "ex vi" do at. 14.6; e art. 10, respectivamente.

O novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.1.2002), determina que as vítimas de crimes serão indenizadas na conformidade dos artigos 927 usque 954, medindo-se a indenização de acordo com a extensão do dano (art. 944), sendo que o pagamento das perdas e danos que

sobrevirem a vítima, cabe ao juiz fixar eqüitativamente o valor na conformidade das circunstâncias do caso, incluindo-se todas as despesas materiais e morais (ex vi do art. 5º incisos V e X CF), da vítima e seus familiares mais próximos, também prejudicados (ex. pelos efeitos negativos ocasionados pela prisão ilegal, ou pelo erro judiciário), sem contudo, excluir reparações, lucros cessantes, além de algum outro prejuízo que o ofendido possa haver sofrido (ex. inabilitação para o trabalho, qualquer depreciação que sofrer), para o reembolso equivalente ao prejuízo.

O artigo 935 e 954 do Código Civil, dispõem claramente, que a responsabilidade civil é independente da criminal (art. 63 / 68 CPP), devem e podem segundo a legislação nacional pátria, ser reparado qualquer ato ilícito, em especial aquele decorrente de ofensa à liberdade pessoal (direito de ir e vir), a prisão ilegal; queixa (particular) ou denúncia (Ministério Público) falsa ou de má-fé. Já o art. 339 do Código Penal tipifica o crime de denúncia caluniosa. Também no caso de morte, ofensa a saúde, injúria, difamação ou calúnia (arts. 948,949 e 953 do CC).

Estabelece a Carta Magna: “é assegurada a indenização por dano material, moral ou à imagem”; e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (incisos V e X, art. 5º CF) (Ver “Justicia Penal y Libertad de Prensa” ed. Naciones Unidas y Comision de las Comunidades Europeas; 1993 – ILANUD).

As espécies de erros judiciários mais comuns, que causam sérios prejuízos sociais a nível individual e coletivo, e que transcende e vitimiza todo um grupo ou família, pode ser:

- a) denúncia / acusação equivocada, contra quem não é autor do fato ilícito;
- b) prisão indevida por excesso de prazo na instrução criminal (não existindo justificativa, o uso de expressões do tipo “razoabilidade”, “alta significância do caso”, etc., que possam legalizar este tipo de erro judiciário);
- c) condenação criminal em base a conjecturas, indícios ou probabilidades processuais, posto que vige o princípio da verdade real e este deve prevalecer ante a verdade formal, se busca sempre justiça e não a fria aplicação do direito;
- d) o não reconhecimento de nulidades ou vícios processuais flagrantes que causam sérios constrangimentos e/ou grandes injustiças;
- e) impedir que o condenado progrida do regime mais rigoroso (fechado) ao mais brando no cumprimento da pena privativa de liberdade, quando possuidor de direito objetivo (tempo legal) e subjetivo (bom comportamento);
- f) acobertar, permitir, ou legalizar (não considerar ou não apurar) o uso da tortura (confissão ilegal sob pressão psicológica ou física – Lei nº 9.455/97, e as Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas/1984 e da OEA/1985);
- g) admitir a colheita de provas ilícitas (ver sobre: interceptações telefônicas, quebras do sigilo bancário e fiscal – Maia Neto, Cândido Furtado, in Rev. Consulex, ano I, n.º4, julho/2002, e Informativo Consulex, ano XVI, n.º 23, 10, junho/2002, Brasília-DF) e na seqüência arquivado o inquérito policial, trancada a ação penal ou absolvido o réu; e
- h) efetuar manifestações processuais antecipadas de culpabilidade ou de condenação, ferindo o princípio da presunção de inocência, usualmente proferida via imprensa ou veículos de comunicação, sem a devida sentença condenatória, quando exercitados por agentes ministeriais, delegados de polícia e juizes de direito, violando desta forma as garantias fundamentais da cidadania e o código deontológico; falha judicial agravada quando os órgãos superiores da administração de justiça se omitem ante esta falta funcional.

A diferença entre erro judiciário, já mencionado e culpa que se trata de uma conduta negligente, sem propósito de lesar ou causar dano a outrem, mas da qual proveio prejuízo. Pode-se constituir em uma falta funcional voluntária ou involuntária, que conduz a uma responsabilidade por ação ou

omissão, dever de cuidado, de atenção, capacidade ou conhecimento funcional adequado para o exercício da tarefa estatal; consistindo todas as espécies em indenização cível.

Os supra mencionados artigos 386 do Código de Processo Penal (Dec-lei nº 3.689/41) e o disposto no inciso LXXV do art. 5º da CF, que se referem ao erro judiciário a indenização, devem ser analisados à luz da moderna sistemática penal pátria (Lei n. 7.209/84) que adotou a Teoria Finalista da Ação, transferindo ao Ministério Público responsabilidade institucional ao “ius persecuendi” ou para a “persecutio criminis” (art. 129 inciso I CF), na qualidade de titular exclusivo – privativo - da Ação Penal Pública, como “dominus litis” do exercício persecutório, ante o encargo probatório “onus probandi”, visto que o dolo é elemento integrante constitutivo do tipo penal e não mais faz parte da estrutura do instituto da culpabilidade, como no Código Penal revogado (Parte-Geral do Dec-Lei nº 2.848/40).

Considerando, ainda que o Código de Processo Penal vigente no sistema criminal brasileiro, é do ano de 1942 (época do chamado “Estado Novo”); assim quando o juiz de direito absolvía os acusados em base a algum dos incisos do artigo 386, estava analisando o dolo ante a Teoria Causalista da Ação. Hoje, com a vigência da Teoria Finalista da Ação, na prática e em outras palavras pode estar direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente reconhecendo erro material ou procedimental da administração de Justiça, ou seja o próprio erro do Poder Judiciário ou da incapacidade do Ministério Público ante o dever do “onus probandi”. E esta incapacidade não deixa de ser uma falha jurisdicional ou um erro acidental passível de indenização.

Para alguém ser denunciado (processado criminalmente) devem existir provas fortes, robustas, convincentes, transparentes que indique a autoria (culpabilidade) e a materialidade delitiva. A exclusão da antijuridicidade (legítima defesa) clara, não autoriza a denúncia, em face do elemento constitutivo do tipo penal, ou seja, o dolo (conhecimento da proibição, intenção de fraudar a lei através da conduta, com o fim específico de causar dano a um determinado bem jurídico-penal tutelado).

Comprovado dolo por parte da autoridade pública, isto é, o “animus nocendi” (a intenção de prejudicar com o intuito de deixar passar a falha ou consertar posteriormente a falha em outra fase processual), deve ser tratado como crime e como erro judiciário, propriamente dito.

De outro lado, ante o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a declinação de denunciar não caracterizar delito de prevaricação (art. 319 CP), posto que existe na lei penal material e formal (art. 100 paráf. 3º CP e art 29 do CPP), ainda a válvula legal do instituto da ação penal privada subsidiária da pública, na hipótese de má-fé.

Obviamente que não se pode falar em erro judiciário ou imputar responsabilidade administrativa, civil ou criminal a agente do Ministério Público que oferece denuncia contra o réu e este é absolvido posteriormente por insuficiência de prova para a condenação ou configurada qualquer excludente de antijuridicidade (art. 23 do CP), como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de direito.

Abuso de Poder ou de Autoridade configura grave crime previsto na legislação criminal brasileira (Lei n. 4.898/65), tipificado como: atentado à liberdade de locomoção; a execução de pena ou medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; submissão a vexame de pessoas custodiadas; deixar de comunicar, e o juiz de ordenar a liberdade com relação à prisão ilegal ou a quem se proponha prestar fiança, nos caso admitidos em lei. Não se trata de erro judiciário, mas de crime propriamente dito, que comina pena de detenção, perda do cargo e responsabilidade civil. Porém, com direito de responder o fato em liberdade e cumprir a pena privativa na espécie do regime aberto (art. 33, letra “c” e 36 do CP). Um verdadeiro “aberratio iuris”, onde a autoridade abusa do poder, encarcera o cidadão indevidamente restringindo sua

liberdade sem as formalidades legais, e passa a responder o processo livre (solto).

Justiça também se faz com o necessário reconhecimento de erro, e qualquer tentativa de esconder, encobrir, camuflar falhas processuais, atos jurisdicionais ou administrativos, por si só é inaceitável, caracteriza conduta hedionda, configurando crime de Abuso de Autoridade graves injustiças (processar e encarcerar seres humanos indevidamente), passível de responsabilização cível, administrativa e criminal, com a consequente perda do cargo e da função pública.

Vejamos. “As pessoas jurídicas de direito público (Ministério Público, Poder Judiciário, Poder Executivo), e de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas privadas administradoras de presídios) responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (vítimas de abusos ou ilegalidades), assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, paráf. 6º Carta Magna); bem como o direito administrativo permite que o Estado ingresse com ação regressiva, contra o agente relapso (que agiu com culpa) e contra aquele que agiu com dolo, ou seja de maneira intencional (ver Meirelles, Hely Lopes, in “Direito Administrativo”, 9ª ed. Revista dos Tribunais, 1983, SP).

“Data venia”, dificilmente um erro judiciário é reconhecido, visto que uma vez aceito, estaria o Poder Judiciário auto se condenando, ou prescrevendo “Nota de Culpa” a outros órgãos e instituições estatais. Com a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal caberá a cada Poder ou instituição, segundo os percentuais previamente definidos nas normas orçamentárias e no Texto Maior, suportar o pagamento da quantia definida em face do erro.

Em nenhuma atividade ou setor estatal se admite erros ou falhas, muito menos na Justiça Penal, que restringe o direito de ir e vir do cidadão. Todos os serviços públicos devem ser prestados em prol da sociedade e não versus cidadania. A lei aplicada em benefício e a favor do povo e não contra interesses gerais da comunidade. Define a “lex fundamentalis”, precisamente, que “Todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido por meio de representantes legais” (paráf. único, art. 1º CF).

Se um dia os erros judiciários forem efetivamente indenizados, indubitavelmente aumentariam as almejadas e necessárias responsabilidades funcionais e institucionais; hoje acobertada(s) pelo espírito corporativista ou pela chamada “judicatura de compadres”.

O reconhecimento de erro judiciário (penal-processual) implica em maior capacidade das estruturas físicas, recursos humanos e conscientização dos governantes, administradores da Justiça e de cada agente estatal, quanto as suas primordiais tarefas públicas.

A título de direito comparado, o Código de Processo Civil, nos artigos 16,17 e 18, especifica os atos de litigância de má-fé. Deste modo, se o particular (advogado) não pode, também é defeso ao agente público, atuando em qualquer ramo dos direitos ou das ciências jurídicas.

Em nome das vítimas de crime e da sociedade em geral não se admite discursos demagógicos ou políticos de combate à criminalidade hedionda e organizada, muito menos em nome da “tolerância zero”, no afã de promoção pessoal e pública, via meios de comunicação de massa, com intuito de atender interesses de grupos ou individuais.

Questão de difícil solução é a análise e o estudo do erro judiciário nos processos de competência do Tribunal do Júri, nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida (inc. xxxviii, art. 5º CF e 433 e segs CP). Quando o réu está preso por “bom tempo” e ao ser levado à julgamento em Plenário, pronunciado nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal, apenas por indícios vagos, frágeis, imprecisos ou não sérios de autoria e posteriormente absolvido pelo egrégio Conselho de Sentença em face o não reconhecimento de ter sido autor do delito (ver jurisprudência STJ – RSTJ

81/344; TJRS – RJTERGS 175/88 e 149/149; TJSP – RT 686/327), tendo podido impronunciá-lo. Outra hipótese, a o magistrado não absolver sumariamente o réu e os juizes de fato entenderem que se trata de flagrante, transparente e indubitável legítima defesa (art. 411 do Codex). Nestes casos perguntamos:

- a) Pode ser considerado erro judicial, causado pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário (acusação ministerial indevida e referendada pelo magistrado) ?
- b) Os membros do Conselho de Sentença dão causa ou cometem erro judiciário, vez que seus “veredictos” são soberanamente validos e reconhecidos pela Carta Magna (inc. art. 5º CF) e pela Administração de Justiça Penal. Cidadãos juramentados e investidos na função e com “múnus” público (art. 438 do CPP) ?
- c) No caso de Recurso de Apelação provido por Decisão do Conselho de Jurados do Tribunal do Júri, que absolve o réu contrário as provas dos autos. Caberia alguma espécie de responsabilização judicial, este fato poderia ser considerado, também, um erro judiciário ?

Trata-se de um caso “sui generis”, ante o instituto do erro judiciário, visto que existem duas fases processuais no trâmite legal de processamento e julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou sejam: a “accusationis” e a “judicium”. Desta forma, há que se aferir, efetivamente, em que momento procedimental ocorreu o erro judiciário e quem foi seu autor ou responsável. Se efetivamente configurada estava a exclusão de antijuridicidade (legítima defesa) deveria o réu imediatamente ser posto em liberdade e declarada a excludente na fase respectiva do processo, e não ao seu término, após decorrido vários anos de processamento e encarceramento indevido.

De outro lado, segundo expressa a Constituição federal, a indenização cabe ao Estado e os Jurados são considerados, para efeitos de julgamento representantes da sociedade, por terem sido escalados e sorteados (eleitos) pela Administração de Justiça para integrar a nobre missão de julgar.

Há que se ressaltar, também a hipótese da prisão indevida (ilegal), quando ultrapassa o limite de 30 (trinta) anos de cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecido no Código Penal, art. 75, para todos os efeitos legais, “ex vi” art. 84 da Lei n.º 7.209/84, isto é, incluindo-se nesse computo os critérios dos incisos I e II para o livramento condicional, conforme prevê o art. 83 do CP; posto que a má aplicação ou errônea interpretação da norma caracteriza erro legal ante a ordem jurídica pátria vigente.

Entendemos, ainda que não cabe a justificativa do princípio “in dubio pro societate”, para que o Poder Judiciário tente eximir-se de possível erro que deu causa. No Estado Democrático de Direito não mais impera o princípio “in dubio pro societate”, pelo contrário, encontra-se inteiramente revogado; posto que quando existem dúvidas estas devem, sempre, serem a favor do acusado e não seu prejuízo ou em favor da sociedade. Na dúvida absolve-se aplicando a norma penal substantiva ou adjetiva mais benéfica. Presume-se a inocência do réu e não a sua culpabilidade, ou ainda, não prevalece a vontade popular, mas a garantia fundamental individual, do contrário restaram quebrados os princípios do Estado Democrático de Direito e o Garantismo Jurídico.

Não se admite erro na administração pública, muito menos erro judiciário. Princípio de respeito à aplicação igualitária da lei e necessidade de tratamento isonômico perante os Tribunais (leia-se júzós), nos moldes da nossa Carta Política e das cláusulas constantes nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

No sistema penal pátrio impera o princípio do devido processo legal (inc. liv art. 5º CF), presunção de inocência e não de culpabilidade (inc. lvii art. 5º CF) havendo alguma espécie de erro não há mais que se falar em devido processo legal, mas no indevido processo e ilegal.

É de se ressaltar que a falta de estrutura administrativa e de recursos humanos do Estado não

justifica o cometimento de nenhuma espécie de erro judiciário, mesmo que seja pela mais grandiosa das causas, como por exemplo, da repressão a criminalidade violenta ou organizada. Os princípios fundamentais e constitucionais precisam ser mantidos e assegurados em nome do Estado Democrático de Direito, do Garantismo Jurídico (Teoria do Reduccionismo ou Minimalismo Penal do Prof. Luigi Ferrajoli, in “Derecho y Razón”, ed. Trotta, 1995, Madrid) e da imperiosa necessidade de sempre se realizar Justiça Penal, para não se perpetuar o erro padrão, constante ou sistemático.

Reconhecimento ou declaração de erro judiciário, guarda íntima relação com a ética e com a moral individual e de grupos – institucional -, razão pela qual devemos evoluir no estudo deste tema importante como garantia constitucional fundamental.

Ainda quando pleiteado judicialmente o reconhecimento de erro judiciário ou a indenização por prisão ilegal, em todas as instâncias judiciais do sistema de administração de Justiça (Poder Judiciário) brasileira, esgotadas todas as vias legais interna pátria, e mesmo assim não declarado o erro ou não reconhecida a ilegalidade da prisão, cabe denuncia e recurso ao sistema interamericano de Justiça, ante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos órgãos oficiais da Organização dos Estados Americanos – OEA, com função jurisdicional e consultiva, nos termos do art. 34 usque 51, e 52 usque 69, do Pacto de San Jose – Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ OEA, 1969 – Adotada pelo governo brasileiro através do Decreto n. 678, de 06.11.992, publicado no D.O. U. em 09.11.92).

Com o reconhecimento do erro judiciário ou com as devidas interposições de ações indenizatórias em favor das vítimas de prisões ilegais ou de abuso de poder, sem sombra de dúvida, teremos, aí sim, de uma vez por todas, efetivado o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais da cidadania, impondo mais cuidado e responsabilidades às autoridades públicas no momento de efetuar uma prisão, uma acusação, um pedido de condenação e uma sentença criminal condenatória, posto que se passa a observar o princípio da excepcionalidade da prisão, o princípio da ampla defesa e do contraditório, do “in dubio pro reo”, do “onus probandi”, da legalidade, do devido processo legal; uma via para o Garantismo Jurídico-Penal, reduccionismo das arbitrariedades e da repressão estatal indevida.

Para finalizar. Não escrevi este artigo, esta primeira linhas deste ensaio, para ir contra meus pares, que respeito; mas para falar da premente necessidade de aprimoramento funcional que vejo no dia-a-dia na práxis policial-forense, longe de uma pretensão de ensinar, mas para dizer o que penso e o que entendo pelo conceito mais amplo e mais sublime de Justiça Verdadeira, sempre a favor do povo e não contra.

---

(\*) Professor Pesquisador e de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Membro do Movimento Nacional pro Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Conferencista internacional e autor de várias obras jurídicas publicadas no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br