

O RECORTE IMPRECISO E FLUIDO DO QUE PODERIA SER SUBSUMÍVEL AO ERRO JUDICIÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

PAULO MARRECCAS FERREIRA

O presente artigo contextualiza a figura do erro judiciário, como mancha de possibilidades e de ocorrências difíceis de captar com exactidão e, bem assim, de investigar a influência que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem na análise das questões atinentes a este instituto no domínio do direito à liberdade, da contumácia e da qualificação jurídica dos factos. Neste campo, a partir de um percurso pela jurisprudência mais relevante do TEDH, são debatidas algumas das inovações da legislação portuguesa e a importância que o erro gerador de responsabilidade civil extracontratual do Estado assume a nível interno nomeadamente face à recente publicação da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

INTRODUÇÃO

Procurar dar uma definição jurídica de erro judiciário é tarefa extremamente complexa. Compreende-se que o erro induz um caminho diferente para uma solução que assenta em premissas diversas; não se sabe bem se o erro é nos factos ou na interpretação do Direito — ou sobre a pessoa do destinatário da decisão — compreende-se, para o efeito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH, artigo 6.º, jurisdição do Tribunal, TEDH, em matéria cível ou penal) que pode acontecer em qualquer tipo de processo, civil ou penal (e obviamente também, administrativo), avultando, no processo penal, o erro que atinge a liberdade das pessoas e o erro na decisão final.

Esta multiplicidade de potenciais tendências do erro não lhe facilita a definição de contornos. O erro é uma figura nebulosa, uma mancha de possibilidades e de ocorrências difícil de captar com exactidão.

Em processo penal, algo próximo do erro pode acontecer nos casos de contumácia e de qualificação jurídica, quanto a esta última tanto em processo civil quanto em processo penal.

Acontecendo facultada a invocação da violação de determinados direitos, como a lesão do princípio da equidade do julgamento ou da presunção de inocência.

O seu efeito no processo será geralmente a repetição do julgamento quando a sua invocação procede, sendo certo que esta é geralmente consumida por mecanismos diversos do constante do artigo 3.º do Protocolo n.º 7 (P.7) à CEDH, mormente os artigos 5.º e 6.º da CEDH, ficando muito pouco para o artigo 3.º daquele P.7.

Esta, a ordem de abordagem de questões neste pequeno trabalho, o qual não deixa de olhar para a definição francesa constante da *Wikipedia*, nem para exemplos concretos que se têm levantado nos últimos anos neste país.

I PARTE

RECORTE IMPRECISO E FLUÍDO DO QUE PODE SER SUBSUMIDO AO ERRO JUDICIÁRIO, SITUAÇÃO INTERNACIONAL E DIFICULDADES DA ORDEM PORTUGUESA

Definição Wikipédia

Na página desta enciclopédia electrónica, na versão francesa¹, é proposta a limitação do erro judiciário à questão de facto, dando-se como definição a de “erro de facto cometido por uma jurisdição de julgamento na sua apreciação da culpa de uma pessoa arguida”². O interesse desta definição está em que o Tribunal conhece o Direito, por conseguinte, não deverá cometer erros de Direito.

Exemplos franceses, os casos de Outreau e Patrick Dils

O caso de Outreau, julgado por um tribunal de júri em Saint Omer, Pas de Calais, em França, de 04 de Maio a 02 de Julho de 2004, o qual “representa uma grave disfuncionalidade da Justiça”³ merece, na enciclopédia electrónica referida, um longo desenvolvimento, extremamente interessante, relativo à construção de preconceitos e pré-juízos, assentes na defesa intransigente de valores que a merecem. Esta defesa, no entanto, é mal construída, porque conduz a uma condenação pública, prévia ao juiz e ao tribunal, das pessoas suspeitas, como sucede nos casos de pedofilia, em que o tribunal corre o perigo de seguir, sem exercer a sua função crítica, o maremoto da opinião pública.

Neste caso, na base de denúncias de várias crianças, 18 pessoas, das quais alguns pais das crianças em questão, foram constituídas arguidas. O processo concluiu pela condenação ligeira de 6 dos 17 arguidos⁴, vindo a

¹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Erreur_judiciaire

² Citando Gérard Cornu, “Vocabulaire juridique”, 7.ª edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2005.

³ Cfr. *Wikipédia*, em ligações constantes do lugar indicado *supra*.

⁴ Um deles faleceu entretanto por ingestão de *sobredose* de medicamentos.

verificar-se mais um caso de incesto do que de pedofilia. Mas foi durante a apelação, diante do tribunal de júri de Paris, que o erro judiciário foi descoberto, ao ter a principal acusadora confessado ter mentido e que as crianças tinham seguido, nada tendo feito de pedófilo os seis arguidos condenados⁵.

Em 1 de Dezembro de 2005 foi proferida a absolvição de todos os arguidos, tendo-se analisado este processo como um “naufrágio judiciário”, ou um “Tchernobyl judiciário”⁶.

O Estado francês retirou as consequências deste erro. Foram indemnizadas as vítimas por responsabilidade civil extracontratual do Estado e afirmou-se a necessidade de uma reforma da Justiça, pela forma anormalmente longa das detenções preventivas e pela mediatização da Justiça.

Por lei de Março de 2007 em França, *a publicidade dos debates instrutórios foi alargada permitindo pôr à luz a motivação da detenção preventiva*.

O outro caso de triste celebridade é o de Patrick Dils, nascido em 1971, condenado em França em pena perpétua em 1989, reconhecido inocente em 24 de Abril de 2002. Passou 15 anos da sua vida em prisão por um erro judiciário pelo qual o Estado francês lhe pagou um milhão de Euros⁷. O facto novo que motivou a revisão do processo foi o ter-se descoberto a presença, na área dos crimes, ao tempo dos factos, de um *serial killer*.

Apuramento de noções. Jurisprudência portuguesa

Os tribunais portugueses alargam a noção de erro judiciário ao erro de Direito. Determina indemnização em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado, a qual tem fundamento, antes da Lei, no artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.)⁸.

Sobre o recurso extraordinário de revisão, é interessante o acórdão do S.T.J. proferido no processo 07P623, de 13 de Dezembro de 2007, em que se debate se pode haver dois pedidos de revisão subsequentes, um por um determinado fundamento, outro, eventualmente pelo mesmo fundamento, mas pedido pelo Procurador-Geral da República (P.G.R.). Aí se diz que, na sequência da decisão do Tribunal Constitucional (T.C. — acórdão n.º 301/2006, de 09.05) e da lei que lhe dá execução (Lei n.º 48/2007, de 29.08) não pode

⁵ O que levou um perito em psicologia a levantar uma polémica ao criticar o pouco valor de perícias feitas por eminentes personalidades dizendo que estas perícias equivaliam a “*des expertises de femmes de ménage*”.

⁶ O facto de as crianças terem sido ouvidas à porta fechada indisps gravemente os advogados envolvidos.

⁷ Os debates estão em http://fr.wikipedia.org/wiki/Patrick_Dils

⁸ “A responsabilidade civil do estado decorrente do exercício da função jurisdicional está prevista no artigo 22.º da C.R.P. Esta responsabilidade civil decorrente do erro de Direito praticado no exercício da função jurisdicional, está dependente de o erro ser considerado grosseiro, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial claramente arbitrária”. Supremo Tribunal de Justiça (S.T.J.), proc. 06A1979. Acórdão de 18.07.2006, disponível em www.dgsi.pt

haver dois pedidos com o mesmo fundamento, nem do P.G.R., eliminando-se uma válvula de segurança contra o erro judiciário anteriormente existente, passando apenas a ser possível um segundo pedido efectuado por qualquer pessoa, desde que com fundamento diferente.

No que à prisão preventiva respeita, o acórdão do S.T.J. de 29 de Janeiro de 2008, proferido no processo n.º 081384, diz:

“1. O erro significa o engano ou a falsa concepção acerca de um facto ou uma coisa, distinguindo-se da ignorância porque se traduz essencialmente na falta de conhecimento.

2. O erro grosseiro de facto ou de Direito na apreciação judicial dos pressupostos de facto da prisão preventiva é o indesculpável ou inadmissível, porque o juiz podia e devia consciencializar o engano que esteve na origem da sua decisão, que a determinou.”

O Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e a nova lei sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro

No artigo 2.º n.º 1, ao dizer que o Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem civilmente perante terceiros pelas ofensas dos direitos destas ou de disposições legais destinadas a proteger os seus interesses resultantes de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes no exercício das suas funções e por causa deste exercício, o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, optou por uma redacção da lei próxima do texto do artigo 483.º do Código Civil.

Prevê com efeito o direito de terceiros a que correspondem também os direitos absolutos, a norma de protecção (disposições legais destinadas a proteger os seus interesses), e estabelece como princípio geral a não responsabilidade objectiva (os actos são actos ilícitos culposamente praticados) a qual é admitida em sede própria no Código Civil mas estará excluída das relações entre o Estado e os particulares salvo expressa previsão legal. A autoria do acto é atribuída às entidades públicas (o Estado e demais pessoas colectivas públicas) mediante o exercício das suas funções e por causa do exercício destas funções pelos respectivos órgãos ou agentes.

Além da responsabilidade do titular de órgão prevista nas hipóteses do n.º 2 do artigo 2.º e do artigo 3.º e dos critérios civilistas de apreciação da culpa (artigo 4.º), é facto ilícito, nos termos do artigo 6.º, o acto jurídico que viola as disposições legais ou regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis bem como o acto material que infrinja estas normas e princípios ou as regras de ordem técnica e de prudência comum que devem ser tidas em consideração.

Este texto, extremamente claro e bem redigido, em harmonia com o texto do Código Civil, valeu por longos anos até à entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, a qual era necessária e solicitada pelo

Conselho da Europa, nomeadamente no que respeita à demora da justiça⁹.

A nova lei começa por distinguir a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas de Direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa (artigo 1.º).

O n.º 3 do artigo 7.º da lei prevê a relevância da “culpa de serviço” que não era contemplada de modo expreso no anterior Decreto-Lei n.º 48 051, a qual se exprime num mau funcionamento do serviço, independentemente da conduta de um titular de órgão, funcionário ou agente.

Resolvendo possíveis dúvidas, o artigo 9.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, vem dizer o que encerra a noção de ilicitude:

— o acto ou omissão que viole

— *disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares,*

contendo-se nesta primeira cláusula geral o direito de outrem, aqui protegido, contendo os direitos absolutos, possivelmente também os direitos de crédito, tal como resultaria do artigo 483.º do Código Civil;

— ou de que resulte

— *a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos;*

⁹ E pela União Europeia no domínio da responsabilidade do Estado por não transposição de Directivas. Sobre a demora da Justiça, esta, desde os acórdãos do TEDH proferidos nos casos Gouveia Torrado e Paulino Tomás, passou a dever ser invocada primeiro nos Tribunais Administrativos e só depois no TEDH caso a protecção interna viesse a fracassar. É importante referir o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (S.T.A.) de 28 de Novembro de 2007, proferido no processo n.º 308/07, que aparece no contexto de uma prática dos tribunais administrativos contrária à CEDH. Reconhecendo os Tribunais Administrativos a existência de demora por parte do sistema de justiça, não concediam indemnização aos particulares, assentando na ideia de que o sofrimento causado pela demora não seria um dano de excepcional gravidade quando se ficasse pela dimensão moral e a demora não tivesse causado um prejuízo material directo aos interessados. O acórdão do S.T.A. de 28 de Novembro de 2007 vem acertar as agulhas da nossa jurisprudência com a jurisprudência do TEDH ao dizer que se é certo que a demora não dispensa para o efeito de responsabilidade civil a verificação de um nexo de causalidade entre a demora e o dano, este, mesmo que seja apenas moral, tem dignidade indemnizatória, relevando para verificar este merecimento de indemnização os critérios determinados pelo trabalho jurisprudencial do TEDH na sua interpretação e aplicação do artigo 6.º da CEDH quanto ao direito a uma decisão em prazo razoável. O S.T.A. entendeu que as normas de responsabilidade, nomeadamente do artigo 496.º do Código Civil (C.C.), devem ser interpretadas de modo conforme à CEDH e que o sofrimento em concreto, provado, resultante da demora, é relevante e merece indemnização. O S.T.A. fixou a indemnização segundo critérios de equidade, à maneira do TEDH, procedendo ainda ao ressarcimento dos AA. pelas despesas resultantes da acção junto do Tribunal Administrativo (honorários e custas na proporção do decaimento de AA e R). Será conveniente doravante que os tribunais administrativos, desde a 1.ª instância, ao reconhecerem a demora, apliquem os critérios do TEDH tal como o faz esta decisão do STA sem ser necessário ir por este facto até ao STA. Sem isto o mecanismo determinado pelo TEDH na sua jurisprudência Gouveia Torrado e Paulino Tomás não será efectivo e regressaremos a queixas directas dos particulares ao TEDH com todo o prejuízo que isto pode acarretar em termos de eficiência da Justiça.

aparecendo aqui a relevância da norma de protecção para o efeito da responsabilidade civil, ainda à maneira do artigo 483.º C.C.

— ou que viole

— *as regras de ordem técnica ou os deveres objectivos de cuidado.*

Existindo também facto ou acto ilícito quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, a culpa de serviço ou culpa funcional, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º

No n.º 2 do artigo 10.º, enfim, encontramos uma interessante inversão do ónus da prova a cargo do mais forte, o Estado. “*Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos*”, o mesmo sucedendo no caso do n.º 3 quando se verifique o incumprimento de deveres de vigilância. Esta inversão do ónus da prova não conduz à responsabilidade objectiva — o defensor do Estado sempre poderá demonstrar que não houve culpa da parte deste na prática do acto jurídico ilícito.

Uma lacuna, suprida agora, da lei anterior é a previsão de responsabilidade pelo risco, artigo 11.º, entrando-se a seguir na responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional.

Em sede de Direito Administrativo, sob a vigência do Decreto-Lei n.º 48 051, a responsabilidade civil do Estado era repartida entre uma responsabilidade civil extracontratual a sindicar diante dos tribunais administrativos (a responsabilidade decorrente do mau exercício de função do Estado, *v. g.* a demora na Justiça) e outros tipos de responsabilidade, os quais recaíam em princípio sob a alçada dos tribunais comuns, ou seja da jurisdição cível (o erro judiciário).

O artigo 12.º, ao remeter para o regime da lei a responsabilidade por demora na Justiça, corresponde a esta divisão.

O artigo 13.º, este, traz uma considerável inovação: a responsabilidade do Estado por tudo aquilo que não couber no exercício defeituoso da função (“os danos ilicitamente causados pela administração da Justiça” na expressão do artigo 12.º), corresponde ao erro judiciário, consistindo a inovação em trazer do foro comum, o cível, para o foro administrativo, a responsabilidade por erro judiciário.

Só este (o erro judiciário), para além da culpa de serviço da Justiça do artigo 12.º, é sindicável. Com efeito, a não haver culpa de serviço e a não haver erro judiciário, uma decisão judicial nunca é contestável. No limite da virtude, esgotados os recursos, estará correcta e permitirá alcançar com justiça, a paz jurídica, pelo que não deverá ser mais “mexida”. O erro judiciário é uma categoria autónoma¹⁰ na qual pode caber muita coisa ou então — talvez — coisa nenhuma¹¹.

¹⁰ Que não compreende por esta ser específica e representar uma outra situação, a responsabilidade dos magistrados, a qual está contemplada no artigo 14.º da Lei.

¹¹ Alguma coisa cabe segundo a lei e a jurisprudência portuguesa: a decisão manifestamente inconstitucional ou ilegal ou a decisão injustificada por erro grosseiro na apreciação dos res-

Terá, mesmo assim, de se ter conseguido a revogação da decisão danosa pela jurisdição competente, o que poderia significar haver ou não lugar à revisão do processo com fundamento em erro judiciário¹².

II PARTE

O RECORTE IMPRECISO E FLUÍDO DO QUE PODERIA SER SUBSUMÍVEL AO ERRO JUDICIÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Estamos tentados a distinguir entre o erro como elemento de uma situação jurídica que se delimitaria de outras noções; entre efeitos processuais do erro, aquilo que se invoca, o desequilíbrio que o erro provoca — (des)igualdade de armas, julgamento (não) equitativo, efeitos sobre a presunção de inocência; e as consequências judiciais do erro, o que acontece a nível da decisão eivada de erro; para o efeito da arrumação daquilo que conseguirmos captar da jurisprudência do TEDH¹³.

pectivos pressupostos de facto. A questão de saber o que contem o erro pode explicar-se porque, como vemos, no plano da CEDH em que existem previsões para os vários casos, as questões que envolvem a violação do princípio da equidade, da presunção de inocência, mesmo questões de qualificação (as quais seriam a essência do erro), vão fugir do artigo 3.º do Protocolo n.º 7 relativo à matéria do erro, para serem resolvidas por aplicação dos artigos 5.º e 6.º (matéria penal) ou 6.º (matéria Cível) da CEDH, não ficando quase nada — senão uma previsão do que ainda puder acontecer! — para o artigo 3.º do Protocolo n.º 7 relativo ao erro judiciário.

¹² Ora a revisão é taxativa e não contempla todos os casos em que, no artigo 13.º, poderia haver revisão da sentença por erro judiciário, nomeadamente, alçada da 1.ª instância sem direito a recurso, e sem fundamento legal de revisão; e naturalmente situarmo-nos fora de um caso de revisão do artigo 771.º do Código de Processo Civil (fundamentos de revisão), tendo a decisão transitado em julgado, casos em que o mecanismo dado pelo artigo 13.º é inviável, o que significa que o n.º 2 do artigo 13.º é extremamente limitador do accionar do regime da responsabilidade do estado pelo erro judiciário. A disposição do artigo 13.º, n.º 2, é, assim, extremamente limitativa. Para estes casos que podem não ser “menores” apesar do seu pequeno valor (não ultrapassarem a alçada); poderemos estar diante de uma situação semelhante a uma “cláusula legal limitativa ou excludente da responsabilidade” (cfr. Gomes Canotilho, Vital Moreira, “C.R.P. Anotada”, I, artigos 1.º a 107.º, Coimbra, 2007; comentário ao artigo 22.º da C.R.P., ponto XVIII, págs. 437 e 438), a qual pode carecer de fundamento constitucional (*ob. cit.*, pág. 438). Esta questão foi muito bem colocada por vários Auditores ao Senhor Conselheiro Rosendo Dias José, no seminário de 9 de Maio de 2008, relativo à “Responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários, no contexto das acções de formação contínua. Pelo Senhor Conselheiro Rosendo Dias José foi resolvido no sentido da inconstitucionalidade. Em termos de meio, além do artigo 22.º da C.R.P., como fazer? Dever-se ia invocar logo uma disposição de conteúdo semelhante aos artigos 5.º ou 6.º da CEDH, pelo desequilíbrio resultante desta limitação no trabalho das partes? Ou até pela invocação directa dos artigos 5.º ou 6.º da CEDH? Note-se que ao nível do processo penal a questão não se põe com a mesma intensidade. O artigo 449.º, n.º 1, al. d), do C.P.P. parece resolver o problema.

¹³ Não a nível científico, de resto o Direito é um método, não uma ciência; não a nível académico, nem sequer numa classificação que possa ficar como definitiva — seria preciso estudar a própria classificação — mas apenas para o efeito da exposição.

Erro e situação jurídica processual

Na “situação jurídica”, o erro judiciário pode aparecer nas situações relativas ao direito à liberdade, está próximo nas questões de contumácia, está presente ou anda perto nas questões de qualificação jurídica dos factos. Assim o tem posto, pelo menos em termos gerais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)¹⁴.

Direito à liberdade

Neste domínio, o erro na detenção não é um erro judiciário¹⁵, sendo certo que o erro judiciário pode ser determinante¹⁶ de uma detenção não conforme à Constituição e às leis.

Em Storck¹⁷, o Tribunal Europeu decidiu que o não respeito da obrigação positiva do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de o Estado defender a liberdade dos seus cidadãos, constituindo seguramente uma violação do artigo 5.º da CEDH pode também representar uma situação de erro judiciário (o erro, na medida em que a detenção privada da Senhora Storck fora validada por decisões judiciais não adequadas, seria determinante da violação do artigo 5.º da CEDH), tratando-se embora (para o efeito da aplicação do artigo 5.º) de uma detenção “permanente” e de natureza privada¹⁸.

No domínio da prisão preventiva, o erro judiciário pode manifestar-se no seguinte: se há decisão de absolvição, esta pode acontecer por ter havido erro na prisão preventiva¹⁹.

Nota-se nestes casos, não a aplicação do artigo 3 do Protocolo n.º 7, mas o emprego, relativamente aos efeitos do erro — a detenção injustificada — do artigo 5.º da CEDH.

Contumácia

O caso de reabertura típico do processo é, segundo a jurisprudência do TEDH, o caso da contumácia. A condenação *in absentia*, por ser na ausência do arguido, viola o direito a ser ouvido e a não ser condenado sem audiên-

¹⁴ Num recorte mais académico poderia colocar-se a questão no plano do erro sobre as pessoas (Chamaïev e outros c. Geórgia e Rússia, queixa n.º 36 378/02, com acórdão de 12 de Abril de 2005), sobre os factos, ou de interpretação (Castren Niniou c. Grécia, queixa n.º 43 837/02, com acórdão de 9 de Junho de 2005)

¹⁵ Sultan Öner e outros c. Turquia, queixa n.º 73 792/01, com acórdão de 17 de Outubro de 2006, em que está em causa a aplicação do artigo 5.º, § 1.

¹⁶ Sultan Öner, §§ 67 e 68.

¹⁷ Storck c. Alemanha, queixa n.º 61 603/00, com acórdão de 16 de Junho de 2005.

¹⁸ Storck, cit., §§ 15 e 100-101-102.

¹⁹ Ou na detenção inicial antes de esgotados todos os recursos judiciais internos. Assanidzé c. Geórgia, queixa n.º 71 503/01, acórdão de 8 de Abril de 2004, §§ 48, 59, 129, 130, 172, 173, 174, 175, 176. Aqui também o caso é visto pelo prisma da aplicação do artigo 5.º, § 1.

cia (direitos de defesa) contidos no artigo 6.º da CEDH, se, encontrado o arguido, este não for ouvido em nova audiência reaberta para o efeito²⁰. Deve notar-se que, no plano do erro, esta posição faz sentido. O arguido revel pode trazer luz sobre algo, o que pode evitar consequências, em termos de justiça, gravosas. Não ter este elemento em conta seria admitir a possibilidade, aliás aceitá-la, de incorrer em erro judiciário²¹.

A contumácia é por estes elementos, parecida com o erro judiciário: na medida em que determina a reabertura do processo, funciona como se de um oposto simétrico ao erro se tratasse: visa prevenir o erro, não vem para lhe trazer solução, vem para evitá-lo, sendo o efeito processual o mesmo, a reabertura do processo.

O Tribunal Europeu fundamenta a sua solução nestes casos no artigo 6.º da CEDH.

Qualificação jurídica dos factos

As questões de qualificação jurídica dos factos são a matéria nobre, o coração daquilo que poderia ser uma noção de erro judiciário. Correspondem de certo modo à noção francesa que se encontra em *Wikipédia*, segundo a qual o erro judiciário só acontece na leitura dos factos. É mais importante, mais jurídica, mais subtil, na medida em que aqui temos o erro por uma qualificação jurídica dos factos errónea.

Para o efeito da aplicação da CEDH é em França que a questão tem assumido maior importância. Os tribunais deste país, na base dos textos legais, aplicam a “Teoria da pena justificada”, aceitando os tribunais superiores que a primeira instância tenha errado na qualificação de um facto para que determinou uma pena, aceitando a pena aplicada pese embora a necessária correcção da qualificação, por esta, à luz da nova qualificação, se manter justificada e não merecer alteração nem, por esta causa, merecer o processo maior demora com a sua reabertura neste caso. A esta teoria é dada a designação de “*théorie de la peine justifiée*” e o Tribunal Europeu tem na aceite com base no argumento de que compete à CEDH defender “direitos concretos e efectivos”: “o papel do TEDH não é o de examinar em abstracto a técnica do controlo judicial em causa, mas de procurar se o modo como foi aplicada ao requerente infringiu ou não a Convenção”²². Sempre que do emprego

²⁰ Kollcaku c. Itália, queixa n.º 25 701/03, acórdão de 8 de Fevereiro de 2007, § 81.

²¹ De onde não se compreender que no artigo 771.º do Código de Processo Civil (C.P.C.) relativo aos fundamentos de revisão, na alínea e), se limite a reabertura do processo em caso de revelia à falta de citação: em caso de revelia deve ser automática a reabertura do processo, pelo menos na medida do assegurar a audição, a audiência, do réu, sem o que este poderá queixar-se com êxito ao TEDH. Note-se que em processo penal, a contumácia cessa com o regresso do arguido que vê o seu processo reaberto nesse momento, artigos 335.º e 336.º do C.P.P. O n.º 1 do artigo 334.º do C.P.P., mesmo assim, pode ser susceptível de levantar dificuldades.

²² Louis c. França, queixa n.º 44 301/02, acórdão de 14 de Novembro de 2006, § 28.

da teoria da pena justificada não resulte redução do direito do requerente a um processo equitativo nem do seu direito a ver os seus meios de defesa examinados, não há violação do artigo 6.º da CEDH²³. Já se a nova qualificação jurídica dos factos importar uma ofensa do direito dos requerentes a serem informados de um modo detalhado da natureza e da causa da acusação contra eles formulada, bem como ao seu direito a disporem do tempo e das facilidades necessárias à preparação da sua defesa, haverá violação do artigo 6.º da CEDH²⁴.

Mas notemos, nunca é feito emprego do artigo 3.º do Protocolo n.º 7. Num sentido ou no outro, as partes invocam o artigo 6.º e o TEDH não requalifica, recorre ao artigo 6.º

Ainda nas questões de qualificação, o TEDH reserva para si próprio a competência nas questões de qualificação: o TEDH é senhor da qualificação dos factos (para o efeito de uma queixa, uma lei pode ser um facto, bem como uma decisão judicial) e remete-se à sua própria qualificação e não à do requerente ou do Estado²⁵.

A tal ponto que se pode admitir que o erro judiciário, manifestado por uma interpretação errónea (e não admissível à luz da CEDH) do Direito interno, que o TEDH vem sancionar com uma condenação, seja resolvida pelo próprio TEDH²⁶. Por outro lado, o próprio erro judiciário interno, não descoberto ou não corrigido, pode limitar o conhecimento do erro pelo TEDH²⁷, podendo por fim, o próprio TEDH errar, erro que descobre por si próprio, mediante o impulso das partes e que o leva a repetir o seu julgamento, porventura no Pleno (Grande Chambre)²⁸.

Efeitos processuais do erro: o desequilíbrio que o erro determina

O grande efeito processual do erro é o do desequilíbrio do jogo normal dos adversários na lide, conduzindo a um julgamento não equitativo, quer porque se atinge a substância do julgamento não equitativo, quer porque a decisão acaba por ser injusta. A maior parte dos casos que vimos, nomeadamente a contumácia e a questão da qualificação, conduzem, quando as regras pro-

²³ Louis, cit., §§ 28 e 29, assim também a decisão de inadmissibilidade proferida no caso *Gragnic c. França*, pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 5 de Maio de 1993.

²⁴ Caso *Pélissier et Sassi c. França*, queixa n.º 25 444/04, acórdão de 25 de Março de 1999, § 63.

²⁵ Indo além, muito além da teoria da pena justificada, na medida dos poderes que concede ao Julgador, em Direito francês. Pode aceitar uma decisão nacional como boa à luz de uma interpretação sua (dele TEDH) diversa da interpretação das várias instâncias nacionais que resolveram o caso. Veja-se o que se diz em *Sultan Öner*, cit., § 78.

²⁶ Com o limite de o TEDH constantemente afirmar que está apenas para julgar da compatibilidade da solução com o Direito da CEDH, e não para dar a resposta — seja ela qual for — em Direito interno.

²⁷ *Storck*, cit., § 134.

²⁸ Ver o caso *Storck*, em que o TEDH inicialmente cometeu um erro judiciário e as decisões aí referidas.

cessuais da CEDH e da jurisprudência do TEDH não são respeitadas, a uma violação da regra do direito a um julgamento equitativo.

Mas existe outro efeito processual do erro que merece ser abordado, a *violação da regra da presunção de inocência*.

Legislação existe, nalguns países, que determina que uma pessoa contra a qual pendia um processo, processo que entretanto cessou, por prescrição ou por absolvição, mesmo assim, não seja totalmente indemnizada. Na medida em que subjaza à lei uma consideração relativa à culpa do arguido que deixou de o ser e voltou a ser colocado em liberdade, esta restrição poderia ser aceite, com dúvidas, no caso de cessação do processo por prescrição; mas não é nunca aceitável em caso de julgamento conducente à absolvição do arguido²⁹. Isto porque, em caso de absolvição, a culpa — tal foi descoberto pelo tribunal nacional — não existe. Logo não pode a lei presumir que, algures, o ex-arguido não era totalmente inocente. Também aqui, a violação é do artigo 6.º da CEDH.

Consequências judiciais do erro

O erro, a ser reconhecido, opera pela adução de um facto novo ao processo que lhe justifica a abertura em nome do princípio da justiça que permite esta perturbação da paz jurídica. Verificamos que é a solução que é dada no artigo 3.º do Protocolo n.º 7 da CEDH, que, em termos gerais, e dirigindo-se a todos os ordenamentos que cobre, deixando assim uma certa margem de apreciação aos Estados, refere “um facto novo ou recentemente provado”. Verificamos que existem situações fronteira na jurisprudência do TEDH que poderiam ser subsumidas ao erro (*v. g.* as questões de qualificação), para as quais o TEDH não aplica o artigo 3.º do Protocolo n.º 7 à CEDH, mas recorre, em matéria penal, aos artigos 5.º e 6.º, e em matéria civil, ao artigo 6.º

Estas questões fronteira andam em torno do direito à liberdade, da contumácia, da qualificação, atingem os direitos fundamentais do arguido ou do réu, como o direito a se defender e a ser ouvido, ao processo equitativo, à presunção de inocência. Todas estas situações, muito próximas do erro (qualificação), ou seu oposto simétrico (contumácia), determinam a reabertura do processo, a sua revisão em moldes que são, para o TEDH, os mesmos que os do erro judiciário. Todas estas situações operam do mesmo modo: reabertura do processo e a reformulação da solução por repetição do julgamento³⁰.

²⁹ Os critérios estão enunciados nos casos *Sekanina c. Áustria*, queixa n.º 13 126/87, com acórdão de 25 de Agosto de 1993, e *Puig Panella c. Espanha*, queixa n.º 1483/02, com acórdão de 25 de Abril de 2006.

³⁰ Diga-se aliás que o TEDH vem dando como solução para reparar as violações dos direitos constantes da CEDH, não uma indemnização pecuniária, mas a reabertura do processo em muitos casos de grave violação dos direitos constantes da CEDH. E que esta substitui a satisfação equitativa do artigo 41.º da CEDH.

O percurso pela jurisprudência do TEDH que qualquer investigação implica e a que somos levados nesta indagação relativa ao erro judiciário, leva-nos a concluir que, do erro judiciário, no domínio da CEDH, do Protocolo n.º 7 e da jurisprudência do TEDH, há muito pouco ou não há quase nada.

De modo que somos levados a questionar-nos se, à maneira do direito ao recurso efectivo do artigo 13.º da CEDH, o qual é consumido pelos artigos 5.º ou 6.º da CEDH, que são *Lex specialis* relativamente àquele; o artigo 3.º do Protocolo n.º 7 não se assume como uma *Lex generalis* relativamente aos artigos 5.º e 6.º da CEDH³¹.

Continuando um pouco em questões associadas ao direito a um recurso efectivo do artigo 13.º da CEDH, ainda se poderia imaginar que o direito a um recurso efectivo deste artigo fosse violado por uma decisão interna eivada de um erro. Esta situação é possível, pode acontecer, embora colocá-la seja de um certo academismo, na medida em que se pode supor que a situação de erro desembocaria numa violação do artigo 5.º ou do artigo 6.º cuja aplicação consumiria o accionar do artigo 13.º³².

Duas consequências se retiram para o Direito português deste percurso pela jurisprudência do TEDH. Uma, de natureza relativamente académica — os advogados e os tribunais não recorrem de modo directo à utilização dos artigos 5.º e 6.º da CEDH na ordem interna, o que poderiam fazer por aplicação da C.R.P. (artigos 8.º e 16.º) e por isso, deixarão para o domínio do erro questões que poderiam resolver com maior precisão com o emprego dos artigos 5.º e 6.º da CEDH.

Outra de real importância para o nosso trabalho. O erro gerador de responsabilidade civil extracontratual do Estado só releva se for reconhecido por decisão judicial. O erro numa instância de que não há possível recurso por razões, *v. g.*, de alçada³³, fica de fora, deixado sem solução porque a lei não o faculta, na medida em que o C.P.C. não admite o erro judiciário como fundamento genérico de revisão do processo³⁴. O texto do artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 sugere, no entanto, a relevância da decisão na sequência da

³¹ Ainda que se possa dizer que na medida em que contemplam múltiplas soluções, os artigos 5.º e 6.º da CEDH seriam lei geral. E isto quando se vê que o artigo 3.º do Protocolo n.º 7 contempla uma situação específica, a do erro. Verifica-se, no entanto, que os artigos 5.º e 6.º são sistematicamente chamados, são precisos, e que se opera uma restrição do erro por estes artigos com recurso a figuras que acabam por excluir a aplicação do erro judiciário (o qual acaba por ser mais vasto do que cada uma das cláusulas gerais contidas nos artigos 5.º e 6.º). Poderíamos dizer, para utilização diante dos nossos tribunais, que o mesmo processo se poderia observar se advogados e tribunais utilizassem sistematicamente e de modo directo na Ordem portuguesa, os artigos 5.º e 6.º da CEDH.

³² E assim, poderá eventualmente extrair-se da jurisprudência Storck do TEDH que, no domínio da ofensa ao direito à liberdade, o artigo 5.º da CEDH será *Lex specialis* em relação ao artigo 3.º do Protocolo n.º 7, artigo relativo ao erro judiciário. Storck, § 142. Neste parágrafo a questão é posta relativamente ao artigo 8.º da CEDH.

³³ É a hipótese dos Auditores do CEJ, referida no fim da 1.ª parte deste trabalho.

³⁴ Apenas o admite quando a situação possa se integrar numa das suas alíneas, quando não se integrar nelas... nada.

reabertura do processo. O texto do C.P.C. fecha esta porta. Verifica-se uma falha da lei que pode ser suprida por uma intervenção do Legislador no C.P.C. a qual daria também para os casos situados para além da “hipótese dos Auditores do C.E.J.”, como aqueles em que até à decisão que põe termo ao processo há efectivamente um erro que, só vem a ser descoberto anos depois e que tornaria legítima a reabertura do processo. Esta solução é aliás sugerida pelo texto do artigo 3.º do Protocolo n.º 7 à CEDH. Noutra alínea deveria ser contemplada a reabertura do processo no caso de decisão *in absentia* tendo regressado o revel, em termos genéricos. Em termos de processo penal a questão não se põe com a mesma intensidade quanto ao erro, atento o disposto na al. d) do n.º 1 do artigo 449.º do C.P.P. Também não parece colocar-se quanto à contumácia, excepto, talvez no que ao artigo 334.º, n.º 1, respeita.

CONCLUSÕES

O recorte impreciso e fluído do que poderia ser subsumível ao erro judiciário não o é apenas no plano da CEDH é também nos vários ordenamentos internos.

A jurisprudência portuguesa considera-o, para relevar, grosseiro e indesculpável, atingindo os factos ou o Direito, e inadmissível.

Em sede de responsabilidade extracontratual do Estado, tem relevância indemnizatória, mas o artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 limita a sua ressarcibilidade ao seu reconhecimento por decisão judicial com trânsito em julgado.

A legislação portuguesa, em particular o C.P.C., não admite a revisão do processo através da invocação do erro judiciário em termos genéricos.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem trabalha questões próximas do erro nos domínios do direito à liberdade, da contumácia, da qualificação jurídica dos factos. Estas situações têm o seu efeito no jogo do julgamento equitativo e da presunção de inocência, verificando-se que o erro previsto no artigo 3.º do Protocolo n.º 7 à CEDH é consumido pela aplicação sistemática dos artigos 5.º e 6.º da CEDH. Em todos estes casos, a condenação do Estado não é tanto a uma indemnização (excepto talvez nas situações em que é atingida a presunção de inocência) mas à repetição, com todas as garantias da CEDH, do julgamento.

As exigências do n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 67/2007 e as limitações do C.P.C. conduzem-nos a sugerir a introdução de um mecanismo formulado de modo genérico (bastaria introduzir uma alínea ao artigo 771.º do C.P.C.) de revisão do processo por erro judiciário no C.P.C.

Por último, a redacção limitada dos fundamentos do recurso em caso de acção à revelia, sugere a introdução de uma alínea contendo a adopção da decisão *in absentia*, como fundamento genérico de revisão do processo, no C.P.C.