

## Rosa e Moreira: Quando o MP investiga e acusa mal

A superação da presunção de inocência em face da determinação dos fatos de maneira clara, profunda e madura, exige que os agentes da lei exerçam as possibilidades de corroboração da hipótese inicial e, também, das excludentes de responsabilidade indicadas pela defesa. A investigação deve suplantar o *standard* probatório [1] mínimo, agindo de modo a não dispensar qualquer linha argumentativa provável, sob pena de perder uma chance de defesa [2]. Excluído o fantástico, o deve ético aponta para novas diretrizes. Quando se investiga e acusa sem a devida diligência, todos perdem. Foi o que aconteceu



A Suprema Corte do Chile, mantendo uma decisão proferida

pela *Corte de Apelaciones de La Serena*, condenou o Estado a pagar uma indenização de cem milhões de pesos a Alejandro Humberto Navarro Alcayaga, acusado pelo Ministério Público, temerariamente, de praticar o crime de apropriação indébita, previsto nos artigos 467 e 470 do Código Penal chileno. A decisão foi proferida nos autos Rol nº 12.505-2019 e acolheu o pedido do autor, reconhecendo-se-lhe o direito a uma justa indenização pelos prejuízos decorrentes de uma verdadeira "responsabilidade extracontratual" reconhecida ao Estado, a partir de um erro manifesto na atuação do Ministério Público desde a investigação criminal até a acusação formal [3].

No caso concreto, Alejandro Alcayaga, após ser formalmente acusado pelo Ministério Público, foi finalmente absolvido pela Justiça criminal, em julgamento realizado no dia 31 de agosto de 2010, perante o *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena* por ausência de provas de que ele, efetivamente, houvera praticado o delito. Aliás, conforme se verá adiante, não havia mesmo nem sequer indícios de prática do delito de apropriação indébita.

Segundo a vítima do erro, o Ministério Público teria agido de maneira negligente durante a prática dos atos de investigação criminal, deixando de realizar diligências essenciais para o perfeito e necessário esclarecimento dos fatos, tais como:

1) Não levou em consideração a declaração do acusado prestada antes mesmo do julgamento oral;

2) Não fez a entrega de uma cópia dos autos da investigação criminal à defesa, com antecedência necessária para a elaboração da tese defensiva, impossibilitando o exercício pleno da defesa e fazendo *tabula rasa* da paridade de armas, próprio do sistema acusatório; e

3) Não investigou acerca da existência de uma segunda conta corrente da instituição que ele (o então investigado) representava, diligência investigatória que, se houvesse sido feita, demonstraria a inexistência da tipicidade naquele caso penal.

Segundo o autor da ação civil, se tais diligências preliminares tivessem sido providenciadas pelo órgão da acusação/investigação, certamente teria sido evitada a continuidade da persecução penal e ele não teria sofrido os dissabores de ordem financeira e moral que efetivamente viria a sofrer.

Com efeito, demonstrou-se na ação que o autor, negligentemente investigado e injustamente acusado pelo Ministério Público, arcou com evidente prejuízo material, pois ficou impedido de exercer livremente a sua profissão, além de ter perdido a sua função de superintendente do Corpo de Bombeiros de Coquimbo, o que reduziu substancialmente os seus rendimentos [4]. Ademais, também suportou um grave prejuízo de ordem moral, em virtude de críticas públicas de que foi vítima, do escárnio geral a que foi submetido, da desconfiança que passou a sofrer da comunidade, além do sofrimento causado à sua família, especialmente esposa e filhos.

Na decisão, os juízes da Suprema Corte citaram expressamente o artigo 5º da Lei nº 19.640, segundo o qual o Estado será responsável pela conduta injustificadamente errônea ou arbitrária do Ministério Público e, quando se comprovar culpa grave ou dolo, o Estado terá direito de regresso em relação ao funcionário ou ao membro do Ministério Público responsável pelo ato danoso [5]. Observaram, ademais, que a referida disposição legal coincidia com a norma constitucional chilena que trata da responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, contida expressamente no artigo 19, § 7º, alínea "i", que reconhece a obrigação do Estado chileno de reparar os danos patrimoniais e morais sofridos por alguém que foi processado ou condenado em qualquer instância, de maneira injustificadamente errada ou arbitrária (assim reconhecida pela Corte Suprema), tendo sido, posteriormente, absolvido definitivamente; o valor a ser pago, a título de indenização, será determinado judicialmente em um procedimento breve e sumário [6].

Vê-se, portanto, que as expressões utilizadas pelo legislador ordinário chileno para estabelecer a responsabilidade do Ministério Público coincidem com as disposições normatizadas pela Constituição da República que tratam da responsabilidade civil decorrente do erro judiciário.

Os juízes chilenos da Suprema Corte consideraram que a absolvição do acusado decorreu, especialmente, da falta de adoção de devidas diligências investigatórias mínimas e essenciais para o êxito da apuração criminal, como, por exemplo, a demonstração de efetivo prejuízo para a vítima e a comprovação da prática do delito de apropriação indébita por parte do acusado, elementos indispensáveis e necessários para a configuração da figura típica prevista e sancionada nos artigos 467 e 470 do Código Penal chileno.

Por fim, considerou que o promotor encarregado da investigação agiu com culpa grave, omitindo-se na tomada das precauções mais básicas de uma investigação criminal, deixando, inclusive, de prever o que

---

---

um investigador moderadamente diligente teria previsto, conduta que resultou em um processo criminal injustificadamente errado, acarretando o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado.

O exemplo demonstra a importância de que o exercício da ação penal seja baseado em evidências adequadas, jamais aceitando-se o acusar para ver no que pode dar, justamente porque se pune o acusador aventureiro que, ao fim e ao cabo, prejudica o Estado, que paga a indenização, o acusado, que não restitui seu *status quo ante* e fulmina a carreira e o patrimônio de um agente ministerial desidioso.

Mas serve de exemplo do que deveria acontecer em face de acusações frívolas, abusivas e desprovidas de suporte fático mínimo, em que o palpite do agente não serve para suportar acusações democráticas e justas.

[1] MATIDA, Janaina; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender standards probatórios pelo salto com vara. <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em 31 de maio de 2020.

[2] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EMais, 2020, onde desenvolve a perda de uma chance probatória.

[3] <https://www.pjud.cl/documents/396543/0/DEMANDA+MINISTERIO+PUBLICO+LA+SERENA+SUPRE>. Acesso em 31 de maio de 2020.

[4] Coquimbo é uma cidade portuária da quarta região, capital da Província de Elqui, no Chile.

[5] No Brasil, constitui crime de abuso de autoridade, "dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente", segundo prescreve o artigo 30 da Lei nº. 13.869/19. E o artigo 5º., LXXV, da Constituição, estabelece que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Em complemento, o artigo 37, § 6º, também da Constituição, prevê que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

[6] A norma constitucional também faz referência, além da sentença absolutória, ao *sobreseimiento definitivo*, ou seja, uma decisão que, sem julgar o mérito propriamente dito, põe fim ao processo, definitivamente, por falta de elementos que permitiriam a aplicação da norma penal ao caso concreto, de modo ser desnecessário seguir adiante para a fase do *juicio oral*.

**Date Created**

08/06/2020