

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS E O EFETIVO PREJUÍZO DA DEFESA SOB A ÓTICA DA CHANCE PERDIDA

THE BREACH OF THE CUSTODY CHAIN OF THE PROBATORY ELEMENTS AND THE EFFECTIVE LOSS OF THE DEFENSE UNDER THE VIEW OF THE LOST CHANCE

Eduardo Dias de Souza Ferreira¹

Josimary Rocha de Vilhena²

Oscar Silvestre Filho³

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da “perda de uma chance” no âmbito criminal, responsabilizando-se o Estado pela quebra da cadeia de custódia dos elementos colhidos pela acusação, sob o fundamento de que a declaração de nulidade do processo e/ou da investigação criminal, não é suficiente para reparar a “ranhura” no estado de inocência da pessoa acusada, abordando-se especificamente a relevância e conceito de cadeia de custódia, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, sob o enfoque da chance perdida. Trata-se de estudo descritivo e exploratório, realizado com base em pesquisa doutrinária e legal, servindo-se do método indutivo.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia. Nulidade. Perda de uma chance.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the possibility of applying the theory of “loss a chance” in the criminal sphere, with the State being responsible for breaking the chain of custody of the elements collected by the prosecution, on the grounds that the declaration the nullity of the process, and / or the criminal investigation, is not enough to repair the “slot” in the accused person's state of innocence, specifically addressing the relevance and concept of chain of custody, doctrinal and jurisprudential understandings on the subject, under the lost chance approach. This is a descriptive and exploratory study, carried out based on doctrinal and legal research, using the inductive method.

Keywords: Chain of Custody. Nullity. Lost a chance.

¹ Doutorado, Mestrado e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. É Professor da Graduação e da Pós-Graduação na disciplina de Direitos Humanos com ênfase na Infância e Juventude da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Chefe do Departamento de Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Docente dos Cursos de Especialização da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-Graduação em Processo Penal – COIMBRA – IBCCRIM, BRASIL. Pós-Graduação em Direito Público – Universidade Candido Mendes, UCAM-DF. Graduada em Direito. Autora do livro *Direito Humano à Oportunidade* (VILHENA. J.R.. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2016). Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa Capitalismo Humanista PUC-SP, Instituto do Capitalismo Humanista e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Email: jrvilhena@yahoo.com.br.

³ Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP). Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC/Campinas). É Professor Assistente de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Ex-Pesquisador CAPES. Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: oscarsilvestre2005@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Conquanto apenas recentemente o conceito e delimitação do termo “cadeia de custódia” tenha sido acrescido na norma processual penal brasileira por meio da lei 13.964/19, há tempos que a doutrina e a jurisprudência pátria, vêm, em uma crescente discussão e polarização acerca da imprescindibilidade de manutenção de todo o caminho utilizado na busca dos elementos de convicção colhidos durante a investigação e da necessária preservação da integridade destes citados elementos, que, impreterivelmente deverão ser resguardados desde sua obtenção, até que o Estado permita que sejam estes inutilizados.

Por certo que a perda de parcela dos elementos de convicção empregados para fundar e/ou alicerçar uma investigação criminal acarreta em irreparável prejuízo ao devido processo legal, no entanto, a perda da pessoa acusada é ainda mais profunda e irreversível, uma vez que, mesmo que seja declarada a imprestabilidade dos elementos da investigação criminal pela quebra da cadeia de custódia, para o réu, também se “quebra” indelevelmente uma chance de comprovar sua inocência dentro do contexto fático investigado.

Ainda que no âmbito de um processo penal, sob a égide constitucional, a pessoa acusada não possua o “ônus” de provar que é inocente, estando abraçado pelo princípio constitucional da não culpabilidade, não se pode olvidar que, quando parte do elemento probatório se perde – ainda que sem dolo pelo agente responsável pela guarda e manutenção dos elementos colhidos – também se perde para a pessoa acusada “uma chance” de demonstrar sua inocência.

Responder a um processo penal é um prejuízo em si, e, ainda que se encontre na esfera do Estado o poder/dever de investigar, tal fato não retira da pessoa investigada os dissabores de responder a uma acusação.

Desta feita, o mínimo que se espera para que o processo caminhe dentro dos preceitos legais/constitucionais que permeiam o devido processo legal é que a parte acusada – hipossuficiente diante da máquina estatal – tenha certeza de que lhe foi concedida a integralidade da investigação para que, diante dos elementos colhidos e disponibilizados, a pessoa acusada possa contradizer cada um dos elementos hipoteticamente encontrados, sob pena de nulificar qualquer procedimento criminal e, ainda, responsabilizar-se o Estado pela perda dos elementos que deveria manter sob sua guarda.

Diante deste contexto, o presente artigo busca demonstrar a plausibilidade da responsabilização do Estado pela quebra da cadeia de custódia dos elementos colhidos na esfera criminal, utilizando-se do conhecido instituto do direito civil, nominado “perda de

uma chance”, que, tal como se passa a expor no presente estudo, também poderá ser aplicado no âmbito criminal, porquanto, quando parte do elemento probatório se perde, imediatamente nasce para a pessoa investigada um dano concreto, que, por certo, deverá ser sanado pelo ente estatal responsável pela inviolabilidade e integridade dos elementos probatórios.

2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Jurisprudencialmente firmada no Direito Brasileiro, ainda que seja considerada relativamente nova, a “teoria da perda de uma chance” originariamente nascida no campo da responsabilidade Civil, também encontra “eco” no âmbito penal, uma vez que, sua aplicabilidade advém da perda da oportunidade de evitar um prejuízo, vejamos (ARAÚJO, 2010, p. 261):

Esse **dano advindo da perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo** foi ignorado pelo Direito durante muito tempo por não se poder afirmar, com certeza absoluta, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida. É que a doutrina ortodoxa sempre pautou sua análise pela necessidade de um dano final, ignorando a existência de um dano diverso da vantagem esperada.

O cerne da aplicação da “perda de uma chance” é a responsabilização a que deve ser submetido aquele que privar alguém de obter uma vantagem ou não impedir uma pessoa de sofrer prejuízos, maneira essa, de indenizar baseada em probabilidades. Acerca da teoria, sustenta Sergio Cavalieri Filho (FILHO CAVALIERI, 2012, p. 75):

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. **Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.**

Como se vê, conceitualmente, a teoria da “perda de uma chance” se encampa na probabilidade de que alguém venha a perder algo, ou, sofrer um prejuízo, que poderia reparar, conceito que se extrai do magistério de Caio Mário da Silva Pereira, que nos ensina (PEREIRA, 20XX, p. 42): “se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta **será devida se se considerar, dentro da ideia da perda de uma oportunidade ‘perde d’ une chance’ e puder situar-se a certeza do dano.**”

E é exatamente neste contexto – da certeza do dano – que se defende a aplicabilidade da teoria da “perda de uma chance” na esfera penal, sempre que ao réu for

negado a chance de ver reconhecida sua inocência, exatamente como ensina Fernando Noronha acerca da perda de uma chance (NORONHA, 2003, p. 665):

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (portanto, dano presente).

A discussão acerca aplicação da teoria da “perda de uma chance” no âmbito penal já vem sendo aventada pela doutrina brasileira, merece destaque, artigo publicado pelo professor e magistrado Alexandre Morais da Rosa em coautoria com Fernanda Mambrini Rudolfo, que, de forma esclarecedora faz a devida aproximação da teoria em estudo com o campo criminal, sempre, de acordo com os autores, respeitando “as especificidade de cada área”, assim afirmando (ROSA; RUDOLFO, 2017, n.p):

Dadas as especificidades de cada área, não se pode pretender aplicar a teoria da perda de uma chance ao direito processual penal sem qualquer critério diferenciador, fazendo-se necessário realizar uma aproximação, a partir da noção de processo penal como jogo. Deve-se partir do pressuposto – que não é objeto de discussão neste artigo – de que não se apura a famigerada verdade real, mas sim, uma verdade que é produzida no jogo processual (LOPES Jr., 2014). Não se pode negar que, em determinados casos, o acusado poderia até ser condenado com os elementos constantes dos autos, mas também não se afasta a veracidade da constatação de que a produção das demais provas possíveis (perícias, depoimentos, filmagens etc.), **sempre** carga da acusação, poderia enfraquecer a tese acusatória ou mesmo levar à absolvição. No campo do processo penal, pois, a ideia que preside é a acumulação dos elementos de convicção por parte da acusação. Em uma frase, **toda prova é necessária e nada é dispensável.**

O artigo acima referido, parte do pressuposto que “toda prova é necessária e nada é dispensável” e, é justamente também adotando esta premissa que se funda o presente estudo, porquanto, somente a preservação da cadeia de custódia do elemento probatório assegura à pessoa acusada o acesso irrestrito aos elementos de convicção, para então, contradizê-los dentro do contraditório judicial.

E, partindo do pressuposto que o dano a ser reparado deve apresentar-se como um prejuízo certo para a vítima, isto é, a chance perdida deve repercutir de alguma forma em

sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial é que afirma que a perda de parte do elemento colhido – hoje descrita na norma processual como “quebra da cadeia de custódia” – *per si* se apresenta como um prejuízo concreto, merecendo ser reparado sob a égide da aplicação da teoria da “perda de uma chance”.

3 CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

De acordo com o professor Geraldo Prado, a cadeia de custódia se apresenta como “dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios” (PRADO, 2014, p. 80).

Melhor esclarecendo, cadeia de custódia é a correta aplicação dos procedimentos destinados a assegurar a originalidade, a autenticidade e a integridade do elemento probatório, assegurando assim, a idoneidade e transparência na produção desses elementos.

Importa dizer, que o conjunto de procedimentos a ser adotado para a manutenção da cadeia de custódia deve ser executado por todo aquele que entra em contato, ainda que indiretamente com o elemento probatório, assegurando todo o seu trâmite, repetindo, do momento em que se tem conhecimento do hipotético fato delituoso até o esgotamento definitivo do interesse do Estado na preservação do elemento colhido.

Em apertada síntese, a importância da cadeia de custódia está diretamente endereçada à integridade da prova, o mesmo ilustre professor Geraldo Prado nos ensina (PRADO, 2014, p. 79):

[...] O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado. Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais [...]

Segundo o Professor Aury Lopes Júnior, eventual quebra da cadeia de custódia importa, portanto, na ilicitude da prova a que se refere aquele conjunto de atos, acrescentando ainda que a consequência “deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 414).

Como dito, em que pese apenas recentemente a expressão “cadeia de custódia” tenha sido acrescida na norma processual penal, há algum tempo a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo sua aplicabilidade, concedendo-lhe status de nulidade absoluta.

3.1 A Jurisprudência nas Cortes Brasileiras

Na jurisprudência, a expressão “cadeia de custódia” ganhou holofotes quando do julgamento do 160.662/RJ¹, ocasião em que, o c. STJ reconheceu a ilicitude dos elementos, porquanto “quebrados”, concedendo a ordem de ofício, para declarar nula qualquer decisão advinda do elemento defeituoso.

Na ocasião do julgamento, a i. Min. Rel. Assusete Magalhães decidiu que (BRASIL, 2014, on-line):

[...] constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas [...] Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

Antes mesmo da expressão “cadeia” dos elementos probatórios tornar-se conhecida, o c. STF também já possuía entendimento no sentido da imprestabilidade de utilização de elementos faltosos para embasar até mesmo o recebimento de qualquer ação penal.

O e. STF, quando do julgamento do Inq. 2266² de relatoria do il. Ministro Gilmar Mendes, assim decidiu (BRASIL, 2012, on-line):

[...] o mínimo que os cidadãos esperam de sua polícia judiciária é que ela seja fiel à verdade dos fatos, e que não atue no sentido da seletividade da coleta de provas. Parece claro que o denunciado tem o direito de conhecer todos os áudios captados com autorização judicial, além de ter acesso a todas as gravações realizadas pela polícia por determinação judicial”. “Parece evidente que a prova não pode ser escondida, abandonada ou destruída por decisão do Ministério Público ou da própria polícia, mas apenas destruída por determinação judicial. A lei – ao prever que a parte pode requerer – pressupõe que ela tem acesso a todo o material colhido, o que, neste caso não aconteceu”. “É o próprio contraditório que fica arranhado quando a totalidade dos áudios capturados não é fornecida à parte investigada.

Mais recentemente, o c. Superior Tribunal de Justiça vem amplamente reconhecendo a importância da manutenção da cadeia de custódia, repetindo em seus julgados que:

A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 160.662 - RJ (2010/0015360-8). Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 17 mar. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 13 mar. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.266. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: F. de S. F. R. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2326930>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade” (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019)³.

É dever do Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício. (REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019)⁴

Assim, antes mesmo de ser expressamente incluído no código de processo penal, a jurisprudência pátria há algum tempo já reconhece que a “quebra da “cadeia de custódia” dos elementos que constituem o caminho da “prova”, impossibilita à defesa, bem como, retira do próprio Poder Judiciário, a verificação da preservação da fiabilidade de todos os atos que constituem o chamado “DNA” dos elementos probatórios, como registro documentado de toda a cronologia da “posse, movimentação, localização e armazenamento do material probatório””.

3.2 Da Nova Legislação Processual Penal

Antes mesmo da modificação da legislação processual penal, a preservação dos elementos de convicção e formação da prova *per si* já eram abordados dentro da legislação processual penal, ainda que sem essa nomenclatura, por exemplo, preceitua o art. 245, § 6º, do CPP, quando fala da apreensão da coisa.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 77.836 - PA (2016/0286544-4). Recorrente: Dilson Faiz e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90877393&num_registro=201602865444&data=20190212&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2020.

⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.795.341 - RS (2018/0251111-5). Recorrente: Dalvani Albarello outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 14 mai. 2019. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92223080&num_registro=201802511115&data=20190514&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2020.

Ainda que de forma tímida, também o antigo caput do art. 158 do CPP já assegurava a necessária integridade dos elementos colhidos, sempre que a hipotética infração deixasse vestígios.

Esse também é o sentido da Súmula Vinculante 14 do e. STF, que expressamente afirma:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por Órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Neste contexto, a novel letra do art. 158 do CPP, com a inclusão expressa do termo “cadeia de custódia” restou definida ainda no projeto popularmente conhecido como “pacote anticrime”, acrescentando à letra do art. 158 a exata expressão, conceituando-a como (BRASIL, 2020):

[...] o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Conquanto seja recente a inclusão – que entrou em vigor em janeiro de 2020, fato é que, tanto a doutrina, quanto os Tribunais pátrios, há tempos, reconhecem a imprestabilidade de elementos viciados pela perda de seu conteúdo, reconhecendo, pois, o efetivo prejuízo vivenciado para a defesa da pessoa submetida a um processo penal.

Com a entrada em vigor do chamado “Pacote anticrime” o art. 158 do CPP restou profundamente modificado, incluído, a partir de então, o conceito legal de cadeia de custódia no ordenamento jurídico, bem como, de todos os procedimentos a serem fielmente tomados para a validade do elemento probatório.

O Professor Nucci, em seu “Pacote anticrime comentado”, ensina que a partir da modificação da lei processual penal (NUCCI, 2020, p. 71):

Surge o conceito legal de cadeia de custódia: ‘conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu conhecimento até o descarte.

Ainda na mesma obra, o professor Nucci afirma que o art. 158 do CPP ganhou roupagem extremamente didática, acrescentando nos incisos A - F, todo o caminho a ser seguido para a manutenção da cadeia de custódia e, por sua vez, dos elementos colhidos.

3.3 Do Efetivo Prejuízo do Réu diante da Quebra da Cadeia dos Elementos de Convicção sob a Óptica da Chance Perdida

Quando parte do elemento colhido se perde, há prejuízo para o fiel julgamento e para que a mais correta solução do caso concreto seja alcançada, portanto, resta flagrantemente prejudicada, no entanto, também é certo dizer, que nem mesmo as partes e/ou o d. Poder Judiciário conseguem prospectar o tamanho do prejuízo sofrido e vivenciado, porquanto o próprio sistema processual penal é transgredido quando a ampla defesa e o contraditório são “arranhados”.⁵

Sobretudo, no tocante à impossibilidade de utilização dos elementos probatórios pela defesa e, ainda mais grave, subtrai do Judiciário – destinatário final da prova – o conhecimento da integralidade dos elementos e, portanto, a incompletude compromete a ampla defesa, o contraditório, a paridade de armas, e, por fim, o próprio conceito de prova, enquanto elemento apto a formar a convicção jurisdicional, depois de passado pela égide do contraditório.

Tendo o elemento probatório sido maculado, seja pela mutilação de parte do conjunto elementar, seja pela quebra do caminho seguido para o encontro destes elementos, o prejuízo é absolutamente palpável e, a menos que tenha elementos absolutamente independentes, tais elementos jamais poderão alcançar o patamar de “prova”.

No entanto, ainda que a perda para os institutos processuais seja inestimável, também, para a pessoa acusada, a perda além de insofismável, se transforma em uma punição paralela, uma vez que, sobre esta, sempre pairará a dúvida, estando, pois, seu estado de inocência absolutamente manchado pela imprecisão do resultado do julgamento processual penal.

Assim é que, mais que claro, o prejuízo é absolutamente certo, concreto e, mesmo que seja insuficiente, a reparação do Estado sob a égide da teoria da perda de uma chance é definitivamente um mecanismo de diminuição do constrangimento, do dano e uma forma – mesmo que singela – de reparação da honra da pessoa acusada, que, por absoluta culpa do Estado – teve de si, usurpado o direito a comprovar, fundamentadamente sua inocência.

4 CONCLUSÃO

É certo que o Legislador Constituinte não se utilizou de palavras inexatas, cujo significado seja dispensável ao valor a ser resguardado pela norma, e, partindo do pressuposto

⁵ Expressão utilizada no julgamento do Inq. 2266.

que o sentido da aplicação da lei é o que se extrai da tinta, “a chance perdida” de manutenção do estado de inocência pelo acusado quando evidenciada a quebra da cadeia de custódia dos elementos de convicção, acarreta ao indivíduo investigado um dano concreto absolutamente reparável pela aplicação da teoria da perda de uma chance.

Pois, somente a correta interpretação do que se “retira do papel” assim entendido como “norma” garante que esta seja aplicada dentro dos preceitos conceituais que asseguraram sua inserção no direito escrito, e seu desrespeito necessita ser devidamente apenado, também sob a escudo do prejuízo material.

O contraponto feito no presente estudo, mesmo que resumido, é que a distorção do “espírito da norma” possui graves consequências e danos permanentes não só à pessoa acusada, bem como, à estrutura orgânica do direito, uma vez que, a ignorância de seus preceitos acarreta na absoluta imprestabilidade da própria norma, que se torna um mero eco “vazio” de conteúdo.

Mais do que nunca, nesses “tempos sombrios”⁶ que assolam o País, ser revolucionário é, antes de tudo, assegurar a forma e os preceitos fundamentais que “doutrinam” a norma dentro da mais estrita observância do devido processo legal.

Também é certo que a conjuntura nacional não mais permite que o direito a ter defesa – e que este exercício seja amplo e pleno – seja relativizado e/ou diminuído, e que, tal como dito pelo il. Ministro Celso de Mello do c. STF, quando do julgamento da AP 635, deve o Estado delinear um manto de proteção à pessoa acusada, sob o fundamento da presunção de inocência e do direito ao contraditório pleno, vejamos (BRASIL, 2016, on-line):

Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético- -jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

Se é verdade que os “olhos do mundo” a cada instante alargam seu campo de visão, tornando-se uma espécie de luneta internacional aos povos esquecidos, aos grupos oprimidos e aos litigantes em geral, por certo que, todos os mecanismos de repressão à coibição e/ou relativização do direito a ter defesa, devem ser penalizados pelos institutos jurídicos existentes, não importando que seu nascedouro tenha se dado em outro campo do direito, porquanto, como se sabe, a dignidade da pessoa humana ultrapassa o valor comum dos princípios gerais,

⁶ Célebre frase frequentemente utilizada pelo Ministro Marco Aurélio.

alcançando o *status* de consubstancialidade com o conceito de pessoa e com a preservação dos direitos inerentes a sua condição.

Assim, quando parte do elemento probatório produzido pela acusação se perde, além da inutilidade de qualquer processo criminal surgido dos elementos defeituosos, também, deverá ainda o Estado indenizar a pessoa acusada pela perda do direito de “questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos”, pela inegável chance perdida de manutenção de seu estado de inocência, sem que qualquer mácula lhe paire.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Delvaney. *A Responsabilidade Civil Advinda da Perda de uma Chance*. In Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 15 (jul/dez.2010). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 dez. 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 03 out. 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 160.662 - RJ (2010/0015360-8). Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 17 mar. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 13 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* 77.836 - PA (2016/0286544-4). Recorrente: Dilson Faiz e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90877393&num_registro=201602865444&data=20190212&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial ° 1.795.341 - RS (2018/0251111-5). Recorrente: Dalvani Albarello outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 14 mai. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92223080&num_registro=201802511115&data=20190514&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 635. Autor: Ministério Público do Estado de

Goiás. Réu: Paulo Roberto Gomes Mansur. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 out. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131042>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.266. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: F. de S. F. R. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2326930>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. In: _____. *Súmulas vinculantes*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 13 mar. 2020.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. São Paulo: Forense. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ed. São Paulo: Forense. 2020.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal / The theory of loss of chance probative applied to criminal proceedings. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095>. Acesso em: 12 mar. 2020.