



Vinicius Lima: O mito de Sísifo e a “perda de uma chance probatória”

As linhas que procuramos esquadriñar no presente texto pretendem oferecer algumas perspectivas críticas em torno do artigo de lavra do ilustre Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa, do estado de Santa Catarina, publicado na revista eletrônica “Consultor Jurídico” (Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 23 de junho de 2014), em torno da aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal. É preciso registrar que o tema foi debatido entre os colegas por iniciativa do querido amigo e combativo promotor de Justiça Eduardo Só dos Santos Lumertz.

Em apertada síntese, sustenta Rosa que é possível a incidência da teoria da perda de uma chance, originária do Direito Civil, no que se refere ao nível de exigência probatória na esfera do processo penal constitucional, destacando que o ônus da prova recai integralmente sobre o Ministério Público. Defende que em processos de tráfico de drogas, o testemunho de policiais, por si só, não é suficiente para embasar um juízo condenatório, impondo-se a adoção de outros instrumentos de prova, a exemplo de filmagens, inquirição de usuários de drogas, anotação de placas de veículos. A “perda da chance probatória suficiente” em prejuízo da defesa do acusado conduziria inexoravelmente à absolvição por parte do juízo.

A empreitada interpretativa em tela permite uma reflexão em torno do mito de Sísifo, um personagem da mitologia grega, que, por contrariar os deuses superiores, foi condenado a empurrar um pesado rochedo até o cume de uma montanha, e, cumprida a tarefa, ver a enorme pedra rolar montanha abaixo até o sopé ou o ponto de partida, repetindo a operação um sem-número de vezes, sem qualquer expectativa de conclusão ou êxito do intento. Em suma, a ideia do “trabalho inútil” está na raiz do mito de Sísifo.

Com efeito, o simbólico e o real mantêm uma intrínseca conexão, aliás, já assinalada pela pena de Castoriadis, em sua obra *A Instituição Imaginária da Sociedade*, na qual ensina que “As sentenças do tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível”. (CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. Guy Reynauld. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 142).

Por outro lado, vale resgatar a lição de Albert Camus, em obra intitulada *O Mito de Sísifo*, na qual o filósofo francês lança uma perspectiva otimista sobre o papel de Sísifo, ao destacar que ele “ensina a fidelidade superior que nega os deuses e levanta os rochedos. Ele também acha que tudo está bem. Esse universo doravante sem senhor não lhe parece nem estéril nem fútil. Cada um dos grãos dessa pedra, cada clarão mineral dessa montanha cheia de noite, só para ele forma um mundo. *A própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano*”. E conclui: “É preciso imaginar Sísifo feliz” (*Op. cit.*, p. 76; grifo nosso).

Inúmeros são os desafios hermenêuticos enfrentados nas lides processuais penais em matéria probatória: a título de ilustração, podem ser lembrados os casos de absolvição por falta de materialidade delitiva quando o laudo de exame toxicológico faz menção à “pesquisa de canabinóides” ao invés do princípio ativo tetra-hidrocanabinol (THC), encontrado na droga *cannabis sativa* (“maconha”); a tese da “certeza *ex ante*” do flagrante em matéria de caracterização do crime de tráfico de entorpecentes, reputando ilícita



a prova colhida sem a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, em que pese se trate de infração penal permanente; indeferimentos de medidas cautelares no curso de inquéritos ou denúncias envolvendo a prática de crimes eleitorais (busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.), cingindo-se o cenário probatório à oitiva de testemunhas que, em regra, têm vinculação direta ou indireta com agremiações partidárias adversárias, com a consequente absolvição tendo por fundamento a existência de versões colidentes ou conflitantes; e, na esteira do artigo em comento, a perda de uma chance probatória suficiente.

À luz do quadro anteriormente descrito, cumpre indagar: qual a questão de fundo debatida com a eventual recepção da teoria da perda de uma chance, nos moldes em que proposta, no âmbito do processo penal?

Cumprе descortinar o paradigma ou a perspectiva que impulsiona a presente reflexão crítica, a título de pré-compreensão: a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para a superação de discricionariedades interpretativas, na esteira de Gadamer, Dworkin e Streck.

Ora, a compreensão de um instituto reclama o reconhecimento da existência de uma história institucional ou de uma tradição no sentido autêntico, uma vez que, como lembra Streck, “não há grau zero de sentido”. Dito de outro modo, há uma tensão entre o texto e o presente, sendo que a fusão de horizontes encontra na consciência histórico-efetual um valioso ponto de apoio para uma adequada leitura do ordenamento jurídico, tendo em vista a sua organicidade.

Na lição de Gadamer, ao cuidar da temática da incindibilidade entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação dos textos:

“A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. V. I, pp. 432/433)”

Assinala, ainda, com acerto que:

“(…) O horizonte do presente não se forma, pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* (...) A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente (...). Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. V. I, pp. 404/405)

Logo, para uma compreensão hermeneuticamente adequada da teoria da perda de uma chance e sua recepção pela jurisprudência, não se pode olvidar a sua história institucional: suas raízes deitam no



Direito Civil francês e italiano, mais especificamente no campo da responsabilidade civil. Entre nós, tal teoria encontrou ressonância, em sua feição clássica, na responsabilização civil dos profissionais liberais, designadamente os advogados, pela não adoção das medidas previstas na legislação de regência, com a perda do prazo recursal, por exemplo. Já em sua feição moderna, a perda de uma chance ganhou importante terreno na esfera da responsabilidade civil por erro médico, de modo a atenuar o nexo de causalidade, como se infere da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Debate-se, na atualidade, a sua inserção na seara do Direito Administrativo, em se tratando de responsabilidade civil do Estado. Exige-se a comprovação de um dano real e não hipotético e a perda de uma chance séria que implique em prejuízo do autor ou a perda da oportunidade de obter uma vantagem. Consoante a lição de Cavaliere Filho, “A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”. (CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75).

Lançadas tais premissas, deve-se ter em conta que o processo penal acusatório abandonou o denominado “sistema de prova tarifada”, sendo que o magistrado decidirá a lide a partir dos elementos de prova trazidos aos autos, sob o crivo do contraditório judicial (artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal). Há, pois, o dever de motivação ou de fundamentação, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que brota da responsabilidade política da jurisdição, na perspectiva da coerência e da integridade (Dworkin). Logo, uma leitura a partir do modelo puramente adversarial (processo de partes) traz em seu bojo um pré-juízo inautêntico na comparação da lide como uma espécie de jogo de xadrez (Hart), onde o jogador que fizer uso da melhor estratégia sagrar-se-á “vencedor”. Uma coisa é a aplicação das regras da distribuição do ônus da prova em matéria processual penal. Outra coisa bem distinta é a aplicação de um instituto sem o filtro da hermenêutica da faticidade (Heidegger). É preciso ir para além do jogo de xadrez, a partir de uma leitura comprometida com a história institucional da Constituição e sua principiologia (devido processo legal, ampla defesa e contraditório dinâmico), mediante o controle hermenêutico da interpretação judicial.

Esse é justamente o ponto nevrálgico ou o problema da recepção teórica da perda de uma chance no processo penal: ao invés de contribuir para o saudável controle da discricionariedade judicial na aferição da prova penal, a tese fragiliza a autonomia do Direito e a própria democracia ao deslocar do Poder Legislativo — em violação ao princípio majoritário e à soberania popular — para o Poder Judiciário a decisão quanto à admissão ou rejeição de provas produzidas ainda que sob o crivo do contraditório, uma vez que confere ao juiz um indesejável protagonismo ao tarifar o que se entende por “melhor prova”, em detrimento da dinâmica do processo jurisdicional democrático.

Depreende-se que a questão de fundo permanece incólume: como controlar a discricionariedade judicial no campo da prova penal? Tal enfrentamento é alvissareiro, uma vez que de nada adianta aos órgãos de persecução penal a recolha e a produção em juízo da “melhor prova”, inclusive com a tecnologia à disposição, se, ao final, admitir-se o poder discricionário judicial ou o livre convencimento motivado para a sua valoração. Seria uma espécie de retorno ao mito de Sísifo!

Por conseguinte, na apreciação da prova penal, entende-se que o juiz deve pautar-se pelos limites semânticos dos textos, sobretudo o Código de Processo Penal e a Constituição, atentando para os riscos de eventual recepção (a)crítica de institutos e/ou teorias provenientes de outros sistemas jurídicos. Não



pode descuidar, ainda, do “romance em cadeia” (Dworkin) e da tradição autêntica da jurisprudência que recepcionou, entre nós, a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil, sob pena de se instituir uma “jurisdição dos conceitos sem coisas” (Streck), ou seja, das teses e doutrinas jurídicas alienígenas despidas de faticidade e historicidade e, assim, sem ressonância no mundo prático. Afinal, e reiterando a perspectiva de Camus, é preciso imaginar Sísifo feliz, porquanto a própria luta em direção aos cimos é suficiente para preencher um coração humano.

Date Created

02/07/2014