Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA APLICADA AO PROCESSO PENAL

THE THEORY OF LOSS OF AN EVIDENCE CHANCE APPLIED TO CRIMINAL PROCEEDINGS

Artigo submetido em 24 de maio de 2023
Artigo aprovado em 02 de junho de 2023
Artigo publicado em 10 de junho de 2023

Cognitio Juris
Ano XIII – Número 47 – Junho de 2023
ISSN 2236-3009

.

Autor:
Anne Caroline Amaral de Lima[1]

.

Resumo: A teoria da perda de uma chance, originária da doutrina francesa, teve sua concepção no âmbito do Direito Civil. Contudo, diante da importância da análise da carga probatória no âmbito do processo penal, a qual pertence exclusivamente à acusação, vem-se teorizando a compreensão e as benesses da aplicação do referido instituto no campo do Direito Processual Penal.

Palavras-chaves: Perda. Chance. Prova. Direito Civil. Processo Penal.

Abstract: The theory of the loss of a chance, originating in the french doctrine, had its

conception in the scope of civil Law. However, given the importance of analyzing the burden of evidence in the context of criminal proceedings, which belongs exclusively to the prosecution, the understanding and benefits of applying this institute in the field of Criminal Procedural Law have been theorizing.

Keywords: Loss. Chance. Test. Civil right. Criminal proceedings

1 INTRODUÇÃO

A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance probatória no processo penal é um tema que vem sendo tratado há um certo tempo pela doutrina, notadamente por Alexandre Moraes da Rosa e Fernanda Mambrini Rudolfo, contudo, recentemente, a temática tem ganhado maior notoriedade em razão de sua acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Originária do direito francês, a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) foi concebida no âmbito da responsabilidade civil para considerar indenizável a perda da oportunidade de se alcançar um resultado favorável, de ocorrência futura, incerta e dependente de fatores não submetidos ao controle total das partes envolvidas. Segundo essa teoria, a vítima de um ilícito civil tem direito à reparação quando esse ato lhe subtrair a chance de, exercendo suas competências, chegar à determinada situação que lhe seria vantajosa, mesmo na impossibilidade de garantir que tal situação se implementaria no futuro não fosse a prática do ato ilícito.

A transposição do instituto em análise para o processo penal se deve ao fato de que são verificados inúmeros casos no cotidiano forense em que há uma baixa qualidade de investigações policiais, bem como o Ministério Público, autor da ação penal e responsável pela carga probatória, tem se satisfeito em produzir o mínimo de prova possível. Ao certo, quando há outras provas, em tese, possíveis para auxiliar o esclarecimento dos fatos, é ônus do *parquet* produzi-las ou justificar a inviabilidade de sua produção.

Dessa forma, quando o Estado é omisso na produção de provas que estavam disponíveis e alcançáveis, considerando suficientes os elementos que já estão à disposição, o acusado perde a chance, com a não produção, de que a sua inocência seja afastada. É nesse cenário, portanto, que se busca a aplicação da teoria em análise.

Para a compreensão da temática, serão abordadas considerações sobre a responsabilidade, as origens da teoria da perda de uma chance, que serão resgatadas de modo breve, visto não constituir o objeto principal do presente estudo. Pretende-se, ainda, traçar os contornos de sua constituição, de modo a facilitar sua definição no cenário atual – e, em seguida, verificar suas características e os requisitos para sua aplicação no âmbito civil. Por fim, terá lugar a análise da transposição da teoria para o direito processual penal, bem como com a verificação de casos em que a teoria da perda de uma chance foi aplicada na jurisprudência e, para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE

A ordem jurídica tem como principal premissa proteger o lícito e reprimir o ilícito e, para alcançar essa pretensão, a ordem jurídica determina deveres que, conforme a natureza do direito a que se relaciona, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, na maioria das vezes, ocasiona dano para outra pessoa, gerando um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o dano. É nesse ínterim que surge a noção de responsabilidade. Conforme preceitua Sérgio Cavalieiri Filho, alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas (CAVALIERI FILHO, Sérgio, p. 26).

A responsabilidade está relacionada à noção de desvio de conduta, ou seja, ela foi concebida

a fim de abarcar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danos a outra pessoa. A ilicitude, portanto, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil, tendo em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma normal penal, Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.

Em um primeiro momento do estudo, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal se confundiam, sendo posteriormente dissociadas, aplicando em relação à primeira a indenização (sanção civil) e, no tocante à segunda, a pena.

Com o surgimento do Código Civil Francês, promulgado em 21 de março de 1804 (Código de Napoleão), a responsabilidade civil ficou expressamente diferenciada da responsabilidade penal. Contudo, com o passar do tempo, a sociedade evoluiu trazendo com ela mudanças, surgindo a conhecida revolução industrial, época em que se inicia a busca por produção de lucro, culminando em uma relação de trabalho injusta, fazendo com que a sociedade enxergasse a necessidade da expansão da proteção do Direito Civil consectário à responsabilidade civil também.

Nesse contexto, surge a responsabilidade civil objetiva, a qual recepciona a reparação do dano, como aduz Sérgio Cavalieiri Filho “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independentemente de ter ou não agido com culpa”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio, p. 136).

No Brasil, o primeiro Código Civil de 1916 foi elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, que implantou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, passando a exigir a prova contundente da culpa do agente causador do dano, como elemento indispensável para gerar a indenização.

O atual Código Civil, ou seja, de 2002, permaneceu com a teoria subjetiva da responsabilidade civil em seus artigos 186 e 187, contudo, no art. 927, parágrafo único,

acrescentou a teoria objetiva da responsabilidade civil, na qual não há a necessidade de comprovação da culpa do agente causador do dano, bastando a simples comprovação da atividade perigosa, impondo a obrigação de indenizar, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, em virtude das decorrentes evoluções da sociedade, ampliou-se a visão e o entendimento para novos conceitos em vários ramos do Direito, inclusive no da responsabilidade civil. Partindo-se, então, da premissa da possibilidade de reparação de uma probabilidade (chance) perdida em decorrência de conduta perpetrada por outrem, surgiu uma nova teoria no campo da responsabilidade civil, denominada Teoria da Perda de uma Chance, a qual será a seguir analisada.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA

De origem francesa, (*la perte d´une chance),* a teoria da perda de uma chance tem sua primeira ocorrência histórica no dia 17 de julho de 1889 pela Corte de Cassação. Esse julgamento ficou conhecido como *Chambre de Requêtes*, em que foi reconhecido o direito de uma parte de ser indenizada pela conduta negligente de um funcionário que a impediu de prosseguir em certo procedimento médico e, assim, retirou da parte autora a possibilidade de êxito.

Dessa forma, verifica-se que a teoria surgiu diante da impossibilidade de se atingir certezas em relação à prova do nexo causal de tal forma que a probabilidade passou também a ser admitida para fins de aferição da responsabilidade civil.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o instituto guarda relação com o lucro cessante, uma vez que esse concebe que o ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima, mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros; ou seja, é a consequência futura de um fato já ocorrido.

Para a constituição desse tipo de responsabilidade, deverão estar presentes os elementos básicos da responsabilidade civil: a conduta do agente, um resultado que se perdeu e o nexo causal entre a conduta e as chances perdidas. Contudo, o dano e o nexo causal são analisados de forma distintas.

A perda de uma chance se caracteriza quando, em razão da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. O direito pátrio, onde a teoria encontra ampla aceitação, ressalta que a reparação da perda da uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 11 ed., p. 42).

No âmbito cível, a chance perdida reparável deverá corresponder a um prejuízo material ou imaterial resultante de um fato consumando, não hipotético. Assim, é necessário verificar no caso concreto se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera probabilidade aleatória, de forma que a vantagem esperada não pode consistir em mera eventualidade.

Contudo, não se pode olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano de forma que é fundamental apreciar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado a fim de verificar se são ou não relevantes para o ordenamento, sendo tal atribuição conferida ao juízo diante do caso concreto a ser apreciado. Dessa forma, é o grau de probabilidade que determinará o valor de eventual indenização.

No Brasil, a teoria vem sendo aplicada em inúmeros julgados e ganhou notoriedade na decisão emblemática do Superior Tribunal de Justiça no julgamento referente ao programa de televisão denominado “Show do Milhão”. Nesse caso, a participante do programa deixou de ganhar um milhão de reais ao desistir de responder à última pergunta, sendo que dentre as alternativas de respostas disponíveis, não havia a resposta correta. Assim sendo, foi tolhida a chance de a participante efetivamente concorrer ao prêmio e vencer o programa (STJ. REsp 788.459/BA. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 4ª Turma. j. 8-11-2005).

Atualmente, constata-se a utilização desta teoria pelos tribunais pátrios cada vez mais frequentemente, principalmente nos das regiões sul e sudeste do Brasil. Nesse sentido, explica Peteffi da Silva:

O momento atual, porém, e mais uma vez guardando correspondência com a produção doutrinária, se caracteriza pela ebulição da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais brasileiros. Além do já citado tribunal gaúcho, que continua trilhando o caminho bem pavimentado por seus acórdãos pioneiros, a sólida jurisprudência de outras Cortes passa a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da teoria da perda de uma chance, considerada como instrumento útil para o deslinde das ações de reparação de danos. (PETEFFI DA SILVA, Rafael, p. 196)

A perda de uma chance é técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios. Assim sendo, caracteriza-se como um novo critério de mensuração do dano causado, uma vez que o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, extraída de uma legítima expectativa, sendo necessário fazer distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.

A teoria da perda de uma chance tem sido admita não somente no âmbito das relações privadas, mas também na responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja

contornos específicos (art. 37, §6º, da CRFB/88), é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance de o cidadão gozar de determinado benefício.

Portanto, sem a intenção de aprofundar e exaurir os aspectos relacionados à referida teoria no âmbito cível, tais elementos se mostram suficientes à compreensão do instituto com vistas a sua possível aproximação ao direito processual penal.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA APLICADA AO PROCESSO PENAL

O processo penal é um instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade

recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR., Aury, 2019, p. 413).

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes, mais precisamente, deve estar inteiramente nas mãos do acusador, tendo em vista o princípio constitucional expresso da presunção da inocência previsto no art. 5º, LVII, CRFB/88.

A partir de sua análise constitucional e também do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, referido princípio estabelece três manifestações: a) princípio fundante,

em torno do qual é construído todo o processo penal, com garantias para o imputado frente à acusação punitiva estatal; b) é um postulado que está ligada ao tratamento a ser ofertado ao imputado durante o processo penal, com redução das medidas que restrinjam seus direitos; c) incidência no âmbito probatório vinculado à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior aduz o papel do princípio presunção da inocência no processo penal:

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador, ou seja, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

(...)

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do in dubio pro reo corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa. (LOPES JR., Aury, 2019, p. 429).

Isso posto, parte-se da ideia de que ao acusado não cabe provar qualquer fato. Compete, portanto, ao autor da ação penal, o Ministério Público, o ônus da prova, ou seja, o seu dever de comprovação de todos os fatos imputados com afastamento das dúvidas não ontológicas.

Ademais, em um contexto de busca sobre todas as informações pertinentes, o artigo 6º, III, do Código de Processo Penal deve ser realçado quando impõe à autoridade policial a

obrigação de colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Nesse sentido, o juris Alexandre Morais da Rosa:

Ao acusado não cabe provar qualquer fato – mesmo quando objeta com um álibi, ainda que não comprovado o álibi, tal situação não repercute no seu status inicial de inocente. Compete ao autor da ação pena a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato (cuja aceitação aqui é meramente circunstancial).” (ROSA, Alexandre Morais da e RUDOLFO, Fernanda Mambrini, 2017, p. 457)

É a partir desse cenário de complexidade e importância da apreciação da produção probatória no processo penal que surge a teoria da perda de uma chance probatória que vem sendo reconhecida pela doutrina e aplicada em diversos julgados.

Nos casos em que o Estado não observa a produção das provas estavam ao seu alcance, através do seu órgão de acusação criminal, considerando suficientes os elementos de que já dispõe, o investigado/acusado perde a possibilidade, diante da não produção, que sua inocência seja provada ou, ao menos, que tenha uma situação jurídica mais bem considerada pelo julgador. Em verdade, todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, uma vez que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo. Deve ser exigido, portanto, justificativa plausível para que se tenha perdido a chance de produção de provas materiais pelos agentes estatais.

Nesse ponto, Alexandre Morais da Rosa e Fabiana Mambrini Rudolfo oferecem uma inovadora reflexão sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance probatória no processo penal nos seguintes termos:

em um processo democrático não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, eximindo-se das demais possíveis, que estavam ao seu pleno alcance, mormente diante das tecnologias ora disponíveis. Assim, para além da discussão quanto à ‘busca da verdade real’ e da ‘inversão do ônus da prova’, é inadmissível que o

Estado deixe de produzir provas acusatórias e presuma a culpa do acusado; torna-se possível, assim, a aplicação de teoria oriunda do Direito Civil, ainda que necessária certa cautela quando de sua importação. Será necessária adaptação contextual (ROSA, Alexandre Morais da e RUDOLFO, Fernanda Mambrini, p. 457*).*

Esse cenário é visualizado quando o Ministério Público se contenta com o mínimo de prova possível produzida, como, por exemplo, arrolar como testemunhas somente os policiais que efetuaram o flagrante do acusado; quando há testemunhas oculares do delito e

não são arroladas; quando há câmeras de vigilância no local do crime e não há a juntada das filmagens.

Ademais, tem tornado cada vez mais comum, notoriamente com a chancela do próprio Poder Judiciário, que as condenações ocorrem exclusivamente com base na palavra dos policiais. Contudo, a fiabilidade dos depoimentos é questionável, haja vista os inúmeros casos semelhantes aos quais os policiais miliares estão expostos diariamente e, principalmente, a percepção de que a memória humana é falha. Nesse sentido, Alexandre de Morais Rosa aduz, ainda,

A consequência da atribuição de alto valor probatório aos testemunhos de policiais, dando-lhes capacidade de per si, embasarem uma condenação é a seguinte: o próprio agente público finda por "se transformar na prova" quando, na realidade, sua função precípua é a de angariar elementos probatórios (fonte probatória). Não se pretende afirmar que todo policial está a agir de má-fé, mas é necessário entender que, diante da possibilidade de produzir outros tipos de provas e da sabida existência de flagrantes forjados, o mero depoimento não pode ser admitido. Ao invés de se ter presunção de veracidade, no caso de restrição de liberdade, na linha do que a Corte Suprema dos EUA decide, pelo menos desde Miranda v. Arizona, invertese a lógica: é o Estado que deve provar a regularidade e veracidade do testemunho. Ademais, a presunção de veracidade de seus atos, ou a "fé pública" que os

policiais costumam arguir em benefício próprio ao prestar depoimento em juízo, está restrita ao âmbito administrativo. Em juízo, o policial é uma testemunha como qualquer outra, sujeito aos mesmos erros e confusões aos quais todos os seres humanos estão sujeitos. (ROSA, Alexandre Morais da e RUDOLFO, Fernanda Mambrini, p. 463*).*

Reforça-se, portanto, que não é papel do acusado provar sua inocência, já que a carga probatória é do ministério público. Assim, se a prova se refere a um fato exposto na denúncia e o resultado de produção pode ser capaz de gerar a absolvição ou condenação do réu, o Ministério Público não pode dispensá-la, sob pena de incorrer na perda da chance probatória. Diferente é o caso em que a prova diz respeito somente à inocência do réu, sem guardar pertinência direta com a narrativa da denúncia. Nesse caso, é ônus exclusivo da defesa de produzi-la e apresentá-la.

Em virtude das particularidades intrínseca a cada área do Direito, a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória ao direito processual penal precisa observar os princípios e normas a ele inerentes. Dessa forma, parte-se da concepção, no âmbito criminal, que não se busca uma verdade real, mas sim uma verdade produzida no campo processual, condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior:

Claro está que só a prova judicial é válida, pois o que se pretende não é a mitológica verdade real – obtida a qualquer custo –, mas sim a formalmente válida, produzida no curso do processo penal. Ou há prova suficiente no processo para condenar, e o veredicto deve ser esse, ou permanece a dúvida, e a absolvição é o único caminho. Recordemos que a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõe a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias. (LOPES JR., Aury, p. 195).

A aplicação da teoria da perda de uma chance probatória na seara civil desenvolve a ideia de

probabilidade de ocorrência do evento desejado (obtenção da vantagem ou não ocorrência do prejuízo obstada pelo fato antijurídico), ao passo que na seara criminal não há como se falar em probabilidade, uma vez que para a condenação se exige a certeza. A dúvida, portanto, milita em favor do réu, que deverá ser absolvido no caso de não comprovação desses fatores.

A perda da chance probatória no processo penal por parte do Estado estabelece, portanto, o nexo de causalidade com a precariedade da prova que poderia ser produzida e, com isso, diante dessa omissão estatal, pode-se aquilatar, no caso concreto, o efeito dessa ausência. Dado que a única presunção constitucionalmente reconhecida é a de inocência, não produzida prova capaz de corroborar a versão da acusação, se houver condenação, essa deverá ser considerada nula.

5 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O surgimento e aplicação da teoria da perda de uma chance probatória na seara civil remonta à década 60 do século passado, enquanto na seara criminal, faz-se muito mais recente a sua aplicabilidade, sendo datada dos últimos 10 anos. Validando os argumentos traçados acima, encontra-se o voto da desembargadora Elizabeth Alves Aguiar:

apelação criminal. artigos 33, 35 da lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do código penal. recursos defensivos. a defesa de ari bruno requer a absolvição quanto a ambos os delitos, sob a alegação de ser precária a prova dos autos. a defesa de everton pleiteia, inicialmente: 1) a absolvição de ambos os delitos, diante da alegada fragilidade probatória em razão de: a) a prova ter se baseado unicamente na palavra dos policiais, aplicando-se ao caso a teoria da perda de uma chance, por não ter sido ouvido o usuário de entorpecente wellington, e ainda, porque nada foi encontrado com o apelante. sustenta, ainda; b) a ilicitude da prova em razão da violação das garantias constitucionais da intimidade e do sigilo das comunicações, em virtude dos policiais terem acessado o telefone celular do réu sem ordem judicial; c) ilicitude

da prova, por derivação, vez que contaminados os depoimentos dos policiais pela quebra da intimidade e sigilo de dados do recorrente; d) falta de participação efetiva do apelante no evento delituoso, ante a confissão do corréu ari bruno de que comprara o entorpecente e este lhe pertencia; e) inexistência de associação entre o apelante e o corréu, tendo o recorrente negado a propriedade da

droga, quando da prisão, sendo que apenas havia pego uma carona com o corréu ari bruno, proprietário do veículo, onde a droga foi encontrada;"

(tj-rj – apl: 00019854620138190033 rj 0001985-46.2013.8.19.0033, relator: des.

elizabete alves de aguiar, data de julgamento: 22/10/2014, oitava camara criminal, data de publicação: 27/10/2014 13:02)

Ademais, com fundamento nessa teoria apresentada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, conforme noticiado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), o Tribunal de Justiça paulista (TJ-SP) confirmou sentença proferida em primeira instância e manteve a absolvição de um homem acusado de tráfico de drogas, após concluir que não foram juntadas a tempo ao processo as imagens de câmeras de segurança que poderiam comprovar sua inocência. A sentença foi a primeira decisão do tipo obtida pela Defensoria paulista a ser divulgada.

No caso acima narrado, o acusado foi preso em flagrante e um dos policiais que o prendeu afirmou que viu o homem mexer na carroceria de uma caminhonete abandonada em frente a um ferro velho, e que ele saiu andando e largou no chão dinheiro e uma porção de cocaína ao perceber que seria abordado. O acusado negou o crime e afirmou que imagens de câmeras de segurança da farmácia em frente ao local dos fatos poderiam comprovar sua inocência. Foi requerida diligências com urgência para obter as gravações das câmeras de vigilância, o qual foi deferido pelo Judiciário, mas, devido à demora no cumprimento da diligência, as imagens já não estavam mais disponíveis no sistema de gravação.

O juízo de primeiro grau julgou a denúncia improcedente e absolveu o acusado, apontando que a demora no cumprimento da diligência policial impossibilitou a demonstração da tese da defesa. O ministério público recorreu da decisão, mas a Câmara Criminal, em votação unânime, negou provimento ao recurso do ministério público, apontando que a prova da acusação – resumida à oitiva policial – não se mostrou suficiente para demonstração do crime. Além disso, considerou que a inércia ou a demora na produção de prova fundamental, que foi requerida e deferida a tempo, não pode ser debitada em prejuízo do recorrido [acusado].

Na mesma linha de entendimento, segue abaixo decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. DELITOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB) E ART. 303 (LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR) (...) RECURSO DEFENSIVO

PUGNANDO: 1) A **ABSOLVIÇÃO** DE AMBOS OS DELITOS POR ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E SOB A **TESE DA PERDA DE**

UMA CHANCE; (...) Em verdade, ao contrário do que sustenta a Defesa, o laudo de exame de corpo de delito de alcoolemia atesta que o réu não permitiu a coleta do material para a realização de tal exame. **Descabido o requesto de absolvição sob a tese de "perda de uma chance" vez que a mesma não tem aplicabilidade na esfera penal ou processual penal, em matéria probatória, considerando ser restrita à seara da responsabilidade civil**. (...)

(TJ-RJ – APL: 03928934120148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 42 VARA

CRIMINAL, Relatora: ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 07/02/2018, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/02/2018)

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu de modo semelhante:

PENAL. APELAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO.

RECURSO DA DEFESA. Apelo visando à absolvição por falta de provas, ausência de dolo e pela **teoria de perda de uma chance**, com pleito subsidiário pela mitigação das penas. Descabimento. (...) 2) **Inaplicabilidade da théorie de la perte d'une chance. Doutrina francesa de matiz, eminentemente civilista**, voltada a definir os parâmetros de reparação material em favor de quem deixou de usufruir ganho patrimonial legítimo. **Inaplicabilidade na seara penal, ainda mais em favor do acusado**. (...) (TJ-SP 00035437120148260664 SP 0003543- 71.2014.8.26.0664, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 19/10/2017, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 23/10/2017)

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já entendeu pela aplicação da teoria, em caso de tráfico de drogas:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. **INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.**

ABSOLVIÇÃO DECRETADA. 1. **O não enfrentamento de tese defensiva** inequivocamente gera para o acusado a **perda de uma chance** de obter um provimento jurisdicional favorável, e justamente nesse ponto está a evidência do prejuízo, a impor a desconstituição do julgado. No caso, a defesa sustentou a causa excludente de tipicidade contida no art. 20, caput, do Código Penal. **O não enfrentamento de tese defensiva constitui inequívoca nulidade**. (...). (TJ-RS – ACR: 70076147867 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 23/05/2018, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/06/2018)

Também no âmbito federal, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTS.

33 E 35 DA LEI Nº. 11.343/2006. AUTORIA NÃO COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DO ESTADO NATURAL DE INOCÊNCIA. 1. Não há provas – em sua legítima acepção, qual seja, de elemento produzido o curso de um processo judicial mediante contraditório, seja real ou diferido –, que indiquem que o acusado LUCIMIR SIHELLFF e o indivíduo de alcunha ARREPIADO são a mesma pessoa. 2. Não se trata de perquirir aprofundamentos acerca dos métodos investigativos da polícia, mas de controle judicial da produção probatória a fim de

refutar aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (art. 157 do Código de Processo Penal), bem como convencionais – em especial as contrárias à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH. 3. O simples apontamento do agente de polícia federal, que era responsável pela análise dos diálogos interceptados no curso da investigação, de que "foi possível identificar ARREPIADO. Seu nome é LUCIMIR SIHELLFF" não é suficiente para embasar uma sentença condenatória. 4. O estado de inocência incorpora um importante regra de tratamento a todos os suspeitos, acusados e condenados. Partindo-se da inocência e não da culpabilidade do réu, incumbe à acusação o encargo de afastar o estado de inocência e não à defesa demonstrá-lo, em todas as dimensões processuais. 5. Apelação criminal desprovida. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001857-29.2010.404.7002/PR, RELATOR: Des. Federal JOÃO PEDRO

GEBRAN NETO, publicado em 6/3/2015.)

E, mais recentemente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou a teoria da perda de uma chance para absolver um adolescente acusado de ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado. As instâncias ordinárias haviam imposto ao menor a medida socioeducativa mais grave prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com base apenas em depoimentos indiretos, pois, além do próprio acusado, não foram ouvidas as testemunhas oculares nem as pessoas diretamente envolvidas no fato, e não foi realizado o exame de corpo de delito na vítima.

No processo, que correu sob segredo judicial, sustentava-se que o menor, morador de rua, golpeou a vítima com um paralelepípedo porque ela teria agredido sua namorada, grávida, e um amigo, mas a tese de legítima defesa não foi aceita.

As instâncias ordinárias entenderam que houve excesso na legítima defesa, tendo em vista depoimentos do bombeiro e da polícia militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia terminado. Os depoentes, por sua vez, basearam seus relatos em informações de pessoas que estavam no local – testemunhas oculares –, mas que, por não terem sido identificadas, não foram formalmente ouvidas pela polícia, nem em juízo.

De acordo com o ministro Ribeiro Dantas, não há explicação no processo para o fato de as várias pessoas que presenciaram a briga não terem sido identificadas pela polícia para posterior depoimento – segundo ele, uma "gravíssima omissão". Para o relator, o ônus de produzir as provas que expliquem a dinâmica dos fatos narrados na denúncia é da acusação, e não do réu. Quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos – capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas –, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes.

Contudo, diante do caráter recente da transposição da teoria em análise, verifica-se que ainda há posicionamentos distintos sobre o tema, havendo doutrinas e tribunais que são favoráveis à aplicação da teoria da perda de uma chance, a exemplo dos Tribunais de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Por outro lado, há os que recusam essa hipótese, como os Tribunais de São Paulo e do Rio de Janeiro, sob o argumento de que se trataria de um instituto próprio do Direito Civil, não estendendo sua utilização ao processo penal.

6 CONCLUSÃO

O Estado, por determinação constitucional, é o garantidor da observância dos direitos fundamentais e dos preceitos legais. No âmbito do processo penal, vige o princípio

constitucional da presunção de inocência em que constitui que o ônus da prova compete exclusivamente à acusação, bem como o princípio do devido processo substancial em que o Estado não pode privar os indivíduos de direitos fundamentais, não bastando o seguimento das etapas do procedimento, exige-se a razoabilidade da restrição, remetendo-se à ideia de proporcionalidade e de justiça ou injustiça da lei.

A teoria da perda de uma chance no processo penal, também guiada pelo dever constitucional da eficiência, visa a combater o modo de produção de provas na apuração criminal. A não produção de provas, que poderiam ter sido facilmente feitas, coloca em dúvida o estado de inocência e de culpado, prevalecendo-se aquela sobre esta última, pois se a acusação poderia ter produzido uma prova para esclarecer ainda mais o fato, com todas as suas circunstâncias, essas dúvidas inclinam-se favoravelmente à defesa (*in dubio pro reo*), pois a defesa não tem o ônus de provar sua inocência.

Nas ações penais que buscam a elucidação de fatos jurídicos, para que haja a condenação, exige-se a certeza. Assim, não pode o Estado perder a oportunidade de produzir provas contra o acusado, tirando-lhe a chance de um resultado favorável. Isso posto, necessário se faz o reconhecimento do cerceamento de defesa ante a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória, com a consequente absolvição dos acusados. Dessa forma, justificou-se o presente trabalho em razão da relevância dos efeitos práticos que surgem na aplicação da teoria ora analisada no campo processual penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

DA ROSA, Alexandre Morais; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal**. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, p. 455-471, 2017.

JUSBRASIL. Disponível em:

<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148446353/apelacao-apl-19854620138190033-rj-0001985-4620138190033>. Acesso em 29 de ago. 2022.

Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título. 18-1084

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PETEFFI DA SILVA, Rafael, **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/01022022-Quinta- Turma-aplica-teoria-da-perda-da-chance-e-absolve-menor-acusado-com-base-em- testemunhos-indiretos.aspx.> Acesso em 29 de ago. 2022.

---

[1] Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogada. E-mail: anniecaroline.lima@hotmail.com