

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS – UEG
CÂMPUS SUDESTE
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE MORRINHOS
BACHARELADO EM DIREITO

LEONARDO SILVA FERREIRA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VOLTADA AO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

MORRINHOS

2023

LEONARDO SILVA FERREIRA

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VOLTADA AO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Sudeste, UnU Morrinhos, sob a orientação do Prof. Dr. Denis Carara de Abreu.

MORRINHOS

2023

Universidade Estadual de Goiás
Pró-Reitoria de Graduação
Coordenação de Programas e Projetos
Sistema Integrado de Bibliotecas Regionais (SIBRE)

FERREIRA, Leonardo Silva. **A teoria da perda de uma chance voltada ao direito processual penal brasileiro**. 2023. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual de Goiás – UEG, UnU Morrinhos, 2023.

All rights reserved.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizada desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei n. 9.610/1998) é crime estabelecido no art. 184 do Código Penal Brasileiro.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UEG
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

<p>F383t</p>	<p>Ferreira, Leonardo A teoria da perda de uma chance voltada ao direito processual penal brasileiro / Leonardo Ferreira; orientador Denis Abreu. -- Morrinhos, 2023. 17 p.</p> <p>Graduação - Direito -- Câmpus Sudeste - Sede: Morrinhos, Universidade Estadual de Goiás, 2023.</p> <p>1. A teoria da perda de uma chance . 2. Direito Processual Penal brasileiro. I. Abreu, Denis, orient. II. Título.</p>
--------------	--

LEONARDO SILVA FERREIRA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VOLTADA AO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Goiás, Câmpus Sudeste, UnU Morrinhos, sob a orientação do Prof. Dr. Denis Carara de Abreu.

Trabalho avaliado em 15 de junho de 2023, pela banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Denis Carara de Abreu – Orientador
Universidade Estadual de Goiás

Rodrigo P. Moreira

Prof. Me. Rodrigo Pereira Moreira
Universidade Estadual de Goiás

Ricardo Leão de Souza Zardo Filho

Prof. Me. Ricardo Leão de Souza Zardo Filho
Universidade Estadual de Goiás

MORRINHOS

2023

Aos meus pais, por todo apoio nos momentos que mais precisei.

À UEG, por prover apoio pedagógico de excelente qualidade.

E a Deus, pela força para superar momentos de dificuldade.

AGRADECIMENTOS

Produzir um artigo, como trabalho de conclusão de curso, não se trata apenas de fomentar a pesquisa na área escolhida, bem como não se trata exclusivamente de uma mera formalidade após cinco anos de graduação. Este artigo representa o final de um processo longo e de muito aprendizado, repleto de altos e baixos como é comum em qualquer percurso a que o ser humano se disponha.

No início da graduação é comum que todos olhem para o tempo total de curso e se assustem, não sabendo imaginar o que está por vir, contudo, ao final fica a certeza de que este mesmo tempo corre de forma rápida e que deve haver muito mais uma dedicação ao processo do que um anseio pelo que virá depois. Neste momento resta o sentimento de gratidão por tudo que foi vivenciado durante esta fase e a todos que nela estiveram presentes.

Aos meus pais Tatiana e Alessandro que nunca deixaram de me incentivar e de apoiar minhas escolhas, pessoas que acreditam no valor da educação e da ética e que nunca deixaram de fazer uso desses valores e transmiti-los para mim.

Aos amigos Artur, Dyessa, Igor, Rebeca e Victória, que cruzaram meu caminho logo nos primeiros períodos e que estiveram sempre presentes nestes anos de curso que se passaram.

A todos os grandes professores que tive durante o curso que souberam, inclusive em momentos de dificuldade, driblar situações em prol do aprendizado dos alunos e da consolidação do curso de direito na unidade da UEG Morrinhos.

Por fim, ao Professor e Orientador Denis Carara de Abreu, que contribuiu para a realização deste trabalho com seu tempo, paciência e conhecimento, além de sempre nos ensinar a ter um pensamento crítico em relação ao direito.

“O homem não é nada além daquilo que a
educação faz dele.”

Immanuel Kant

SUMÁRIO

DA REVISTA.....	9
A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VOLTADA AO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	10
1 INTRODUÇÃO	11
2 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	12
2.1 RELEVÂNCIA E APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL.....	12
2.2 RELAÇÕES COM A ÁREA PROCESSUAL PENAL.....	14
3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O JOGO DA PERSECUÇÃO PENAL	15
3.1 RESPONSABILIDADE DA ACUSAÇÃO X FRAGILIDADE DO RÉU.....	17
4 APLICAÇÃO DA TEORIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	19
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	22
REFERÊNCIAS	24

DA REVISTA

O presente artigo será submetido à revista *Scientific Journal of Applied Social and Clinical Science*, publicada pela Editora Atena, que aceita variadas pesquisas, autorais, que abordem temas relacionados as ciências sociais aplicadas, como é o caso do presente artigo. A Editora Atena é referência no que tange a divulgação científica, possuindo inclusive lançamentos internacionais, em todos os ramos do conhecimento.

Quanto a pertinência temática, aduz-se que o artigo produzido possui todos os requisitos para integrar a revista, uma vez que a mesma aborda temas pertinentes ao direito, nas mais variadas áreas, não se dedicando com exclusividade a um tema em específico, mas divulgando diferentes pesquisas que consolidam um conhecimento expressivo, referente as ciências sociais aplicadas.

Ainda, por ser publicada pela Editora Atena, é possível afirmar que há grande propagação do conhecimento ora produzido, vez que são abordados temas dos mais variados domínios do conhecimento, atraindo não somente a comunidade científica, mas a sociedade como um todo, instigando assim o avanço social em esferas variadas.

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE VOLTADA AO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

*THE THEORY OF LOSS OF CHANCE FOCUSED ON BRAZILIAN CRIMINAL
PROCEDURAL LAW*

Leonardo Silva Ferreira

Denis Carara de Abreu

RESUMO

A teoria da perda de uma chance possui relevante importância no direito civil, ao passo que possibilita uma reparação por danos, que só foram causados devido a uma omissão, ou uma atuação incorreta de outra parte. Com base nisso o presente artigo busca discorrer sobre a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no direito processual penal brasileiro, sob o fundamento de que aquele que corre o risco de perder sua liberdade deve contar com o maior número de assistências, restando prejudicado no caso contrário. A presente pesquisa é baseada no método hipotético-dedutivo e busca além de contribuir no âmbito acadêmico, com o fomento de pesquisas na área em voga, de comprovar a efetiva possibilidade e importância da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito processual penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; teoria da perda de uma chance; presunção de inocência; provas.

ABSTRACT

The theory of loss of chance has relevant importance in civil law, enabling a compensation for damages that were only caused due to an omission or incorrect action by another party. This article seeks to discuss the possibility of applying the theory of loss of chance in Brazilian criminal procedural law. Those who are at a risk of losing their freedom must have as much assistances, otherwise they will be harmed. This research is based on the hypothetical-deductive method and seeks to contribute to the academic field, by promoting the increase of research in the area and enabling the application of the theory in Brazilian criminal procedural law.

KEYWORDS: criminal procedural; theory of loss of chance; innocence presumption; proof.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance pode ser entendida como a busca do direito pela reparação de um dano, que tenha causado na vítima a efetiva perda de um benefício futuro, o qual lhe seria garantido se a ação ou omissão de um sujeito ativo fossem distintas. Trata-se de tema com pontos de discussão no direito internacional e no direito brasileiro, mas que já foi aplicado em diversas situações no ordenamento pátrio. Em suma as maiores indagações se relacionam a mera possibilidade ulterior do benefício, o qual é de difícil verificação e até mesmo quantificação.

Com base nisso é necessário ressaltar a fragilidade do réu enquanto parte de uma ação penal. Sabe-se que a responsabilidade probatória é daquele que acusa e dessa forma cabe ao réu acreditar que toda a produção de provas seja revestida de garantias e que ao final seja tangenciada a verdade, ou seja, que o titular da ação penal promova uma busca dentro do devido processo legal pelos elementos necessários. Ainda que o Estado promova uma ampla quantidade de elementos aptos a condenação, espera-se do titular da ação uma análise complexa de todos os elementos que circundam o caso, garantindo um correto curso para o processo.

Aqui resta demonstrada a relevância social da pesquisa, ao passo que a constante aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, demonstra inicialmente uma maior segurança ao réu, enquanto parte frágil do processo. Conforme entendimento de Alexandre Morais da Rosa: “no processo penal constitucionalizado a carga probatória é exclusiva da acusação”. (ROSA; RUDOLFO, 2017. P.3). Em suma, cabe a teoria citada garantir que o polo passivo não perca uma chance, por mera produção insuficiente de provas, por parte da acusação no processo. Claro que se trata de instituto utilizado em outra área do direito e isto faz surgir dúvidas e indagações sobre a possibilidade de se utilizar o mesmo em outros ramos, ainda que de modo distinto e tentando aproveitar apenas as vantagens por ele oferecidas.

Este artigo irá se estruturar abordando a teoria da perda de uma chance, bem como os possíveis benefícios trazidos ao direito processual penal diante de sua utilização. Serão observadas as características da teoria, sua relevância no direito, além de suas correlações com o âmbito processual penal. A pesquisa se amolda ao método hipotético-dedutivo, já que apresentará uma situação e buscará uma comprovação de que a mesma pode favorecer a área processual penal, do mesmo modo que tem favorecido a área civil, no direito brasileiro. Nesse sentido irá se analisar o ponto em comum da teoria entre as áreas distintas (civil e processual penal), ao passo que, será estabelecida uma relação entres ambas e ao final chegar-se-á a uma conclusão.

2 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

É possível afirmar que a teoria da perda de uma chance surge na França, mais especificamente no final do século XIX, segundo Rafael Peteffi da Silva: “com a expressão *perte d'une chance*, mencionada no caso mais antigo que se tem registrado”. (SILVA, 2006. P. 10). Uma empresa chamada Caixa Comercial de Limoges, devido a uma omissão na entrega de uma intimação, teve anulada uma apelação interposta, o que culminou na impossibilidade de obter uma decisão favorável da corte local, em outras palavras na clara perda de uma chance. A Corte de Cassação francesa, diante do caso, aplicou pela primeira vez a referida teoria, de modo a reparar o dano.

Posteriormente, no ano de 1932, mais uma vez a Corte francesa fez uso da teoria da perda de uma chance, quando constatou que um notário – Sr. Grimaldi – havia, por imperícia no exercício de sua profissão aliada a uma conduta dolosa, causado prejuízo a seus clientes, segundo Flávio da Costa Higa: “impedindo-os de adquirir uma propriedade e cobrado pelos serviços notariais prestados.” (HIGA 2011. P. 23). Aqui o caso se tornou ainda mais grave, uma vez que restou demonstrado o prejuízo causado, aliado ainda a uma conduta dolosa do notário.

Após isso, a teoria da perda de uma chance acaba se difundindo entre os tribunais franceses, além de romper fronteiras e começar a ser implementada em outras nações. Na Itália, em 1983, por exemplo, a *Corte di Ccassazione* reconheceu a teoria diante do caso de candidatos submetidos a uma seleção, aprovados nos primeiros testes, mas ilicitamente desclassificados posteriormente, impedidos de continuarem no certame, sem nenhuma razão plausível, caracterizado o claro prejuízo aos mesmos.

2.1 RELEVÂNCIA E APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

No Brasil, referida teoria foi difundida primeiramente pelo professor François Chabas, em uma palestra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 1990. A partir de sua exposição, e pouco tempo depois, o Tribunal de Justiça daquela comarca veio a proferir decisão mencionando conceitos abordados pela teoria da perda de uma chance, apesar de não a considerar explicitamente no julgado.

O exemplo mais conhecido, no Brasil, em que houve a aplicação da teoria da perda de uma chance, foi o recurso especial de indenização por impropriedade de pergunta. Nesse caso a autora, participante do programa de televisão Show do Milhão, relatou ter perdido a oportunidade de ganhar um milhão de reais, em virtude de não existir alternativa correta na pergunta que lhe fora feita. A vítima tinha todos os requisitos para obter o resultado vantajoso, além de ter chegado a última pergunta do desafio, e só não o alcançou em virtude de um erro de terceiro. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp. 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.)

Contudo é necessário salientar que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de instrumentos normativos que abordam determinada teoria, o que ocorre é a adaptação de artigos presentes no Código Civil, que tipificam a reparação do dano causado. Nesse sentido o uso da teoria da perda de uma chance encontra maiores explicações na parte doutrinária do direito brasileiro, que como qualquer mudança passou e passa por inúmeras discussões e divergências. Nas palavras de Cavalieri Filho:

A que título deve ser concedida a perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral. (FILHO, 2008. P. 77).

Sérgio Novais Dias foi o primeiro doutrinador a tratar sobre o tema, fazendo uma correlação entre a referida teoria e a responsabilidade do advogado, contudo, sentia necessidade em determinar uma linha tênue, que facilitaria a compreensão entre a teoria da perda de uma chance nas doutrinas estrangeiras e a teoria aplicável no sistema brasileiro. A grande diferença então proposta, foi considerar referida teoria espécie de lucro cessante (espécie de prejuízo em que a pessoa deixa de receber, em razão de um ato danoso). Para ele “O dever de indenizar

somente seria possível quando houvesse a certeza, ainda que relativa, do resultado”. (DIAS, 1999. P. 15).

Desse modo a doutrina acaba se dividindo, entre aqueles que consideram referida teoria como espécie de lucros cessantes e aqueles que entendem ser basicamente uma modalidade de dano moral. Diante disso, em 2011, a comissão de responsabilidade civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários, aprovou enunciado relativo a perda de uma chance, proposto por Rafael Peteffi da Silva, nos seguintes termos:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. (Art. 927, V Jornada de Direito Civil, enunciado 444).

A grande vantagem, ao analisar o atual sistema de justiça brasileiro, em relação a aplicação da teoria da perda de uma chance está na capacidade de liberdade do julgador em proferir suas decisões, levando em conta a peculiaridade de cada caso – na área processual penal, por exemplo, tem-se o princípio do livre convencimento motivado – o que possibilita não apenas uma aplicação pura da lei, mas sim uma análise de dispositivos que tendem e podem vir a favorecer àqueles envolvidos em um conflito processual.

2.2 RELAÇÕES COM A ÁREA PROCESSUAL PENAL

Logo de início, é preciso ressaltar que a teoria da perda de uma chance mostra significativos resultados na esfera do direito civil, de modo que, é uma forma justa e eficaz de tratar conflitos, que provocam um prejuízo, ou a efetiva perda de uma chance, possibilitando à vítima um reparo para aquilo que deixou de ganhar, ou que esperava como resultado futuro. É nesse sentido que se vislumbra a utilização da referida teoria na área processual penal, que possui por natureza uma responsabilidade maior frente a sociedade.

Esta responsabilidade pode ser observada a luz do princípio da intervenção mínima – que restringe a interferência do estado apenas aos casos mais gravosos, nas palavras de Jamil Chaim Alves: “somente deve ser utilizado em face dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais relevantes”. (ALVES, 2020. P. 123). Assim a área penal deve se voltar a situações que envolvam graves ataques a bens jurídicos. Neste ponto, ainda que tratando de uma ciência restrita as situações explicitadas, há que se pensar também na preservação dos direitos do réu,

uma vez que a aplicação de um instituto mais severo não presume a negligência de direitos garantidos a pessoa.

Nesse sentido, o que se pretende demonstrar é que a teoria da perda de uma chance, desde suas origens, tem evoluído e demonstrado – de acordo com entendimento das mais variadas doutrinas – ser aplicável não a um tipo determinado de dano, mas a toda perda ou expectativa frustrada, por erro de outrem. É nesta seara que se observa a melhor das relações com a área processual penal, uma vez que a mesma lida com bens jurídicos de elevada proteção frente a sociedade.

Em 2009 a eminente Ministra Nancy Andrighi, ao proferir voto em um recurso especial, afirmou que a teoria da perda de uma chance deveria ser aplicada tanto a danos materiais quanto a danos morais. Mais uma vez evidenciando a abrangência da teoria e sua não limitação. Enquanto na esfera cível comumente são tratados danos voltados ao patrimônio, na área penal as discussões se direcionam em sua maioria ao sujeito, por vezes decidindo sobre um dos bens jurídicos mais preciosos deste, a liberdade, assim qualquer espécie de dano, seja real ou potencial, não deve ser desprezado, principalmente no que tange a instrumentos que garantem a mínima proteção ao polo passivo da ação.

Como já mencionado a teoria da perda de uma chance é de suma importância para reparar danos que impedem um benefício ou que causam um prejuízo que seria evitável. Na esfera processual penal o caso é ainda mais relevante, ao passo que cabe a acusação provar aquilo que é imputado ao réu, mas não só isso, como também garantir a eficaz produção de provas, para ao final pedir pela condenação ou pela absolvição daquele, pondera Alexandre Morais da Rosa: “(...), toda prova é necessária e nada é dispensável”. (ROSA; RUDOLFO, 2017. P. 8).

3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O JOGO DA PERSECUÇÃO PENAL

Em um primeiro momento, como forma de compreender o caminho percorrido para se promover uma condenação ou absolvição, em âmbito penal, deve-se observar a cadeia de acontecimentos desde o início do trâmite penal. Este início ocorre, ainda na fase pré-processual, na maioria das vezes com a instauração do inquérito policial. Neste momento, de instauração, há uma busca, da autoridade policial, por dois elementos básicos, para se subsidiar uma persecução penal: indícios de autoria e prova de materialidade.

Encontrados os elementos referidos, o então acusado é indiciado, dando início a fase processual. Neste momento já não mais compete ao delegado de polícia interferir no curso do processo, uma vez que agora tem-se de um “jogo”, promovido entre a acusação e a defesa do réu, objetivando primordialmente o esclarecimento de fatos, que implicarão de forma deliberada no futuro de uma pessoa. São objeto de questionamentos e validações, mas acima de tudo de responsabilidade do titular da ação penal – Ministério Público. Ressalta Aury Lopes Junior: “se o MP é o titular da ação penal pública, deve poder acusar ou não acusar, desde que existam motivos jurídicos que justifiquem”. (LOPES Jr, 2019. P. 239).

Nesse sentido e sabendo desta responsabilidade, é possível afirmar que tudo que será ali decidido deve ser fundamentado em provas, provas estas que devem após constatadas desencadear nas ações processuais, nas palavras de Daniel Kessler de Oliveira:

Se exigem indícios e provas para a realização de determinadas medidas coercitivas, uma vez que a medida judicial terá que encontrar alguma relação com os elementos do processo que possam reconstruir aquele fato passado que está sendo objeto da investigação ou do processo em si. (OLIVEIRA, 2016. P. 64).

Com isso pretende-se que não haja qualquer tipo de intercorrência e que não se promovam acusações ou absolvições incorretas, trata-se da determinação de medidas, por vezes gravíssimas, a uma pessoa e que, portanto, não devem admitir erros ou equívocos, o que claramente causará um prejuízo.

Desse modo é possível observar que o curso de um processo, na esfera penal, não é algo simples, ao contrário depende de inúmeras movimentações que se interligam desde a fase pré-processual, a qual inclusive deve ser monitorada pelo Ministério Público. Tudo isso, entretanto, com uma finalidade, a de se garantir uma correta produção de provas, além de esgotar todos os meios possíveis, para esta produção. Ressalta Alexandre Moraes da Rosa que “a perda da chance de que todas as provas contra si sejam produzidas implica uma perda, sem possibilidade de produção pela parte contrária”. (ROSA; RUDOLFO, 2017. P. 10).

Isso significa que compete a acusação dar subsídio a toda a base do processo, por intermédio da correta produção de provas, e repare que, não é porque o termo é acusação, que a produção de provas deve buscar condenar o réu a todo custo, ou seja, buscar provas para promover simplesmente uma acusação ao réu, ou confiar em uma quantidade limitada de elementos para tanto. Deve-se, ao contrário disso, garantir que todos os meios de prova sejam produzidos e que estes esclareçam os fatos pretendidos.

3.1 RESPONSABILIDADE DA ACUSAÇÃO X FRAGILIDADE DO RÉU

Entendido o curso do processo, já é possível perceber a grande responsabilidade daquele que promove a ação penal, não se pode esperar por uma verdade absoluta e certa, a verdade, ou o esclarecimento dos fatos serão provados com base naquilo que for apresentado em vias judiciais, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Leciona Aury Lopes Junior: “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”. (LOPES Jr, 2019. P. 195).

A grande questão discutida é que, desde a fase pré-processual, existe um risco de produção de provas suficientes apenas para arguir uma condenação, ou de uma produção insuficiente para formular um convencimento, uma decisão, fazendo com que sejam analisados e julgados apenas os elementos que já estão à disposição do Estado. É desse modo que se entende que o acusado está perdendo uma chance, a chance de que todos os elementos sejam vistos, em sentido literal, e que somente após isso seja proferida uma sentença.

De acordo com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, todo cidadão possui a condição inicial de inocência, de modo que por intermédio da acusação deve se provar o contrário, mas desde que não alcançada tal pretensão, por exemplo, pelo não esgotamento dos meios probatórios, o então acusado continua na sua situação pretérita – de inocente. É incabível a ideia de que uma pessoa presumida inocente seja condenada por uma incorreta instrução probatória. Leciona neste sentido Sérgio Savi:

Não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da responsabilidade de vitória poderá, frise-se dependendo do caso concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização. (SAVI, 2012. P. 3).

Na esfera penal, assim como já mencionado, não se pode acreditar que uma simples indenização por um erro seja suficiente para a reparação dos danos. Aqui são tratadas situações que envolvem os bens jurídicos mais importantes de uma pessoa, como vida, liberdade, dignidade. E o réu, enquanto parte do processo, deve poder contar com a correta produção de provas, existe uma expectativa, afinal parte-se do pressuposto de que um inocente está, naquele momento, com um de seus principais bens jurídicos sob a responsabilidade absoluta do Estado.

Neste ponto a grande problemática é que se a produção de provas, por parte da acusação, não cumprir com o que foi até então apresentado, certamente haverá um prejuízo ao réu. Sabe-

se que é comum, no sistema brasileiro, que condenações ocorram, por vezes, apenas com base em elementos de inquérito, claro validados na fase processual. No entanto, tal validação, inúmeras vezes, ocorre simplesmente pela oitiva de policiais, os mesmos que atuaram na fase pré-processual. Ressalta Aury Lopes Junior sobre o tema:

Deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. (LOPES Jr, 2019. P. 555).

Em nenhum momento está se aduzindo que o compromisso policial, bem como os elementos produzidos na fase anterior ao processo sejam ineficientes. Pretende-se, contudo, firmar a necessidade de que existam mais elementos – mais provas – que demonstrem tudo o que circunda determinado caso. Ressalta-se que, na esfera penal, existindo qualquer dúvida sobre o caso concreto, deve prevalecer a absolvição do acusado e com um olhar voltado a elementos restritos parece clara a chance de dúvida. Luigi Ferrajoli ressalta com maestria que: “A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”. (FERRAJOLI, 2002. P.85).

Uma correta produção de provas por parte da acusação deve observar todos os aspectos que envolvam o caso, o direito penal brasileiro, ao adotar a teoria tripartite, considera como crime um fato típico, ilícito e culpável, de modo que qualquer elemento que seja excluído acarretará na inexistência de um crime, ou na isenção de pena. Com isso, percebe-se a relevância por trás da produção de todos os elementos possíveis, relacionados ao caso concreto, além da análise minuciosa das provas apresentadas pelos diversos lados.

Recentemente, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, concedeu habeas corpus absolvendo um homem condenado pelo crime de roubo majorado. Na decisão, além de discutir brilhantemente a respeito da influência probatória produzida na fase de inquérito – no que tange ao reconhecimento de pessoas – foi abordada a questão dos testemunhos de policiais. Veja-se:

Por último, quanto à palavra do policial, cabe dizer o seguinte. Muito embora não haja óbice a que o testemunho policial seja elevado a elemento probatório, claro está que sobre ele, assim como qualquer outra declaração, pesa a necessidade de ser corroborado por elementos independentes que apontem no mesmo sentido. Não é porque um policial alega que ocorreu que a justiça

criminal deva, automática e acriticamente, acreditar que é verdadeiro. No presente caso, a autoridade policial efetua uma série de inferências de caráter indutivo que, para que pudessem ser consideradas verdadeiras, deveria ir bem mais além do emprego de questionável senso comum. (Habeas Corpus N° 742112 - SP, Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 23/03/2023).

4 APLICAÇÃO DA TEORIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

É possível afirmar que a teoria da perda de uma chance ainda possui aplicação incipiente, no âmbito do direito processual penal brasileiro. Isso evidenciado pela baixa quantidade de casos penais em que a mesma é mencionada e até mesmo pelas divergências em sua aplicação, a depender do Tribunal. Os maiores precedentes ainda são debatidos na doutrina e como já apresentado, no âmbito civil. Isso leva a uma reflexão sobre a base da referida teoria e a indagação sobre o porquê de a mesma não ser difundida amplamente entre as diversas áreas do direito, uma vez que existem claros prejuízos ocasionados a todo tempo nas relações jurídicas.

No ano de 2018, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, negou a aplicação da teoria da perda de uma chance em um caso apreciado pela segunda câmara criminal, relatado pelo Desembargador Norival Acácio Engel, no qual a defesa de um dos réus pleiteava a incidência do referido instrumento. Basicamente tratava-se de uma acusação por tráfico de drogas, com provas consubstanciadas apenas em uma campana, segundo os militares, de quatro horas realizada no local, contudo nada disso foi efetivamente provado, nem sequer pelo sistema de geoprocessamento da viatura (GPS). Veja-se:

Apelações criminais. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", c/c §4º, da lei n. 11.343/06). Recursos defensivos. Pleiteada a absolvição por insuficiência de provas, reconhecimento do princípio "in dubio pro reo" e não ter o apelante Alcides concorrido para a infração penal. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimentos dos policiais militares harmônicos e coerentes. Conjunto probatório que demonstra a destinação comercial da substância ilícita. Suscitada ilegalidade da campana realizada pelos policiais militares, prisões em flagrante e das provas decorrentes. Alegação de violação de domicílio. Inexistência. Denúncias anônimas dando conta da prática do comércio espúrio no local. Movimentação de usuários evidenciada pelos agentes públicos. Crime que possui natureza permanente, tornando desnecessário mandado judicial. Exceção prevista no art. 5º, inciso xi, da constituição federal. Condenação mantida. Pleito de aplicação da teoria da perda de uma chance. Não cabimento. Produzidas as provas necessárias e possíveis para o deslinde do feito. Ademais, condição de usuário que não

constitui elemento hábil para descaracterizar o crime de tráfico. Dosimetria. Primeira fase. Afastamento do aumento relativo às circunstâncias judiciais. Impossibilidade. Natureza, quantidade e diversidade das substâncias entorpecentes encontradas que servem de critério à avaliação das circunstâncias judiciais, nos termos do artigo 42, da lei de tóxicos. Majoração mantida. Segunda fase. Pleito do apelante Rafael de reconhecimento da atenuante da confissão. Possibilidade. Confissão espontânea utilizada como elemento de convicção na sentença condenatória (enunciado 545 da súmula do STJ). Realizada, de ofício, a compensação da agravante da reincidência específica com a referida atenuante. Pena readequada. Terceira etapa. Apelante Alcides almeja aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33, da lei n. 11.343/06 em grau máximo. Patamar de 1/2 (metade) adequado à hipótese. Reprimenda mantida incólume. Pedido do apelante Alcides de abrandamento do regime para início do cumprimento da pena. Não acolhimento. Circunstâncias judiciais que não são totalmente favoráveis. Pleito do Apelante Alcides de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Vedação. Hipótese prevista no art. 44, inciso III, do código penal. Pedido do apelante Alcides de concessão da justiça gratuita. Possibilidade. Hipossuficiência demonstrada. Recorrente assistido pela defensoria pública estadual. Concessão da benesse que se impõe. Execução provisória. Sentença condenatória confirmada por esta corte de justiça. Preclusão da matéria fática. Nova orientação do supremo tribunal federal (HC n. 126.292/SP) adotada por esta câmara criminal (autos n. 0003281-08.2017.8.24.0039). Transmutação dos fundamentos da prisão, que passa de segregação cautelar para a de cumprimento de acórdão penal condenatório em relação ao apelante Rafael e determinação do cumprimento imediato quanto ao recorrente Alcides. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001759-32.2017.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, 22/05/2018).

O caso ainda se agrava, pois com fundamento exclusivo na referida campana os militares invadiram a casa de um dos réus, encontrando drogas ilícitas. Ressalta-se neste ponto que é amplamente reconhecido que a posse de drogas configura crime no ordenamento jurídico brasileiro, contudo é também reconhecida a inviolabilidade de domicílio, conforme preceitua o art. 5º, inciso XI, da Constituição da República, não se justificando a ação, ainda mais quando embasada exclusivamente em uma campana, saliente-se não comprovada. Defende Aury Lopes Junior: “será que continuarão fechando os olhos para a contaminação (consciente ou inconsciente) do julgador pela prova ilícita e, com isso, avalizando as ilegalidades cometidas pelo Estado [...]?” (LOPES Jr, 2019. P. 215).

No caso explanado resta demonstrado de forma clara a obtenção de uma prova ilícita, mas contaminada por ato ilícito. Quando é feita a apreensão de uma substância considerada ilegal no país, é comum que todos de imediato aceitem aquilo como sendo razoável, contudo em nenhum momento devem ser esquecidas as regras do jogo, aqui já mencionadas. Não havia no caso qualquer embasamento legal para a invasão domiciliar

promovida, ficando claro que o réu, desde o início, estava perdendo uma chance, a de ser submetido a um processo em que as regras sejam de fato seguidas.

Outro caso a ser citado, e agora demonstrando o oposto, refere-se a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que por meio de sua quinta turma absolveu um adolescente com fundamento na teoria da perda de uma chance. Tratava-se de um caso de ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado, contudo foi imposta ao infrator a medida socioeducativa mais gravosa prevista, com base exclusivamente em depoimentos indiretos, uma vez que, além do próprio acusado, não houve oitiva de outras testemunhas, nem mesmo exame de corpo de delito.

Segundo informações publicadas pela comunicação do STJ, já que o processo se encontra abrangido por segredo judicial, o Ministro Relator Ribeiro Dantas em suas próprias palavras afirmou que o caso demonstrava, claramente, a perda de uma chance probatória e ainda que a investigação falha "extirpou a chance da produção de provas fundamentais para a elucidação da controvérsia". (STJ, 2022). Posteriormente complementou:

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. (Comunicação STJ, Des. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, 01/02/2022).

Neste caso, ocorreria mais uma vez a clara perda de uma chance para o adolescente. Ressalta-se que em nenhum momento se aduz que ele não tenha praticado o ato infracional, contudo, como para qualquer pessoa devem ser seguidas as regras e produzidas as provas suficientes para garantir a correta tomada de decisão. No caso explanado, não houve sequer exame de corpo de delito, de modo que uma condenação seria, de forma clara, um completo abuso, ante a ineficiência da produção de provas e a completa dúvida gerada pelos fatos.

Com base nisso, e fazendo aqui uma análise positiva sobre o caso, é possível afirmar que referida decisão é um grande avanço para a formalização da aplicação da teoria da perda de uma chance à esfera processual penal brasileira, uma vez que normalmente quando cortes superiores adotam determinado posicionamento, os demais tribunais tendem a replica-lo cada vez mais em suas decisões, deixando, de certo modo, de agir com uma incerteza na aplicação de um instrumento, até então pouco difundido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo teve como objetivo fazer um estudo sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito processual penal brasileiro, bem como estabelecer uma análise com sua utilização na esfera cível. Pautando sempre sobre as diferenças existentes entre as áreas, mas ressaltando os pontos positivos encontrados na teoria e que podem ser aproveitados para beneficiar aqueles que por ventura sejam submetidos a uma apreciação judicial.

O primeiro capítulo juntamente com o segundo teve a intenção de apresentar a teoria da perda de uma chance ao leitor, explicando de fato o que é o conceito de perda de uma chance. Em uma segunda abordagem é realizado um breve estudo sobre o surgimento de determinado conceito e sua aplicação em casos relevantes até a chegada ao Brasil, além de sua importância para o direito civil brasileiro, no que tange a reparação patrimonial. Por consequência lógica, é então indagado sobre a possibilidade de benefícios trazidos a esfera processual penal com a teoria, vez que são tratados bens jurídicos ainda mais relevantes que o patrimônio.

O terceiro capítulo, buscou por sua vez esclarecer o funcionamento do processo penal brasileiro, desde a fase de inquérito até a fase processual, explicando ao leitor de certa forma como referida teoria se encaixa nesta área e sua importância frente a atuação das partes no processo. Posteriormente, e ainda sobre as partes, buscou demonstrar a fragilidade do réu, frente a capacidade probatória do Estado, bem como a responsabilidade em promover todos os elementos probatórios possíveis para a tomada de decisão. Evidenciando, mais uma vez, a relevância da teoria na esfera processual penal.

O quarto capítulo, após todo entendimento construído acerca da teoria da perda de uma chance, busca demonstrar que apesar da relevância nela contida, há uma baixíssima incidência na área processual penal, além de certa divergência entre tribunais, que ora não reconhecem a teoria, ainda que requerida pela defesa, ora a utilizam de forma brilhante, como mencionado o caso do Superior Tribunal de Justiça, que basicamente aplicou tudo o que este simples artigo preceitua.

Por fim, extrai-se como lição obtida com o presente artigo, a necessidade de se continuar fomentando a pesquisa nesta área, bem como a necessidade existente no direito penal e processual penal de uma reestruturação, acompanhando a evolução social e se adequando a instrumentos que possam lhe favorecer, claro que sempre prezando pela democracia e respeitando a Constituição da República. Contudo é também possível observar que, embora

com um início tímido a teoria da perda de uma chance demonstrou neste intervalo de tempo uma ascensão na área processual, ainda que de forma não uniforme, mas que deve ser cada vez mais incentivada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial**. São Paulo. Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL, STJ. **Habeas Corpus N° 742112**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 23/03/2023.

BRASIL, STJ, Quarta Turma, **Resp no. 788.459-BA**, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005, DJ em 13/03/2006.

BRASIL, STJ, Terceira Turma, **Resp no. 1.079.1850-MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJ em 4/08/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Recurso Especial N° 788459**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 13/03/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Ap. Civ. n. 589.069.996**, Rel. Des. Ruy Rosado, julgamento 12/06/1990.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo. Atlas, 2008.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

HIGA, Flávio da Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANEXO

Diretrizes para Autores informadas pela Revista

Orientações gerais:

Respeitando as normas internacionais de boas práticas de editoração, a Atena Editora recebe os seguintes textos para revisão por pares:

1. Anais de congressos, simpósios e encontros de pesquisa;
2. Artigos de pesquisa original;
3. Artigos de revisão;
4. Comunicação curta ou resumo expandido;
5. Contos;
6. Críticas literárias;
7. Dissertações;
8. Monografias;
9. Preprints (não submetidos a revisão por pares);
10. Relatórios de pós-doc;
11. Teses;
12. Textos independentes;
13. Outras modalidades de TCC.

Autor correspondente:

O autor designado como correspondente é aquele que assume a responsabilidade pela comunicação com a Editora durante o processo de publicação do texto e garante que todos os requisitos sejam atendidos e todas as atividades concluídas. O cadastro deste autor deve estar completo em nosso sistema, com endereço, telefone e e-mail.

Autoria:

Todos os autores devem ter participado ativamente da construção do texto, preferencialmente na:

- 1) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados;
- 2) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante;
- 3) Aprovação final do texto para submissão.

Só devem ser incluídos no trabalho pesquisadores envolvidos no estudo. Não incluir, sob qualquer hipótese ou pretexto, nomes que não tenham participado da elaboração do texto.

Alterações na autoria:

Qualquer adição, exclusão ou reorganização de nomes de autores na lista de autoria deve ser efetuada antes do texto ser submetido em nossa plataforma. Solicitações posteriores a submissão deverão vir somente do autor correspondente e acompanhada do motivo para a alteração na lista de autores e confirmação por escrito (pode ser carta digitalizada e anexada ao e-mail edicao@atenaeditora.com.br) de todos os autores de que eles concordam com a adição, remoção ou reorganização, bem como a concordância do autor a ser adicionado, alterado ou removido.

Considerações adicionais:

- a. O texto foi ortograficamente e gramaticalmente corrigido?
- b. Todas as referências mencionadas na lista de referências são citadas no texto e viceversa?
- c. Todos os materiais subjacentes ao texto estão citados e referenciados corretamente?
- d. Todas as imagens, gráficos e fórmulas e demais elementos visuais estão em formato jpeg ou png?
- e. Todas as ilustrações estão no local exato no texto e não ao final?
- f. O texto foi revisado por algum dispositivo antiplágio?
- g. O texto envolve o uso de animais ou dados de seres humanos (avaliação de prontuários, entrevistas, etc.)? Em caso positivo indicar o número do CAAE (Certificado de Apresentação de Apreciação Ética) e a data de aprovação do CEP (Comitê de Ética em Pesquisa), no item "Metodologia".
- h. O texto está isento de dados ou resultados fraudulentos?
- i. O texto foi depositado em alguma plataforma de preprint? Em caso positivo indicar o endereço do depósito;
- j. Houve depósito dos dados aberto da pesquisa? Em caso positivo indicar o endereço do depósito;
- k. Foi reportado qualquer conflito de interesses de todos os autores?
- l. Todas as fontes de financiamento foram informadas?