

## A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal

## The theory of loss of chance probative applied to criminal proceedings

*Alexandre Morais da Rosa(1); Fernanda Mambrini Rudolfo(2)*

1 Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). Pesquisa Judiciário, Processo e Decisão, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro (CNPq).

E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com

2 UFSC, Doutoranda em direito pela UFSC. Professora Universitária na UFSC.

E-mail: fernandamambrinirudolfo@gmail.com

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 455-471, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Ago. 16, 2017; Accepted/Aceito: Dez. 12, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2095>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

## Resumo

A Teoria da Perda de uma chance surgida no ambiente do Direito Civil é adaptada para o regime do Processo Penal, especificamente no tocante à necessidade de o Estado, via acusação, produzir todas as provas disponíveis para apuração e comprovação da conduta imputada.

**Palavras-chave:** Perda Chance. Prova. Processo Penal.

## Abstract

The Theory of loss of chance arose in the Civil Law of the environment is adapted for the regime of Criminal Procedure, specifically regarding the necessity for the state, by duty, to produce the evidence available to determine and prove the alleged criminal conduct.

**Keywords:** Loss Chance. Proof. Criminal Procedure.

## 1 Introdução

No processo penal constitucionalizado a carga probatória é exclusiva da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer fato – mesmo quando objeto com um alibi: ainda que não comprovado o alibi, tal situação não repercute no seu *status* inicial de inocente (MORAIS DA ROSA, 2017). Compete ao autor da ação penal 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). Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, para além da dúvida razoável pode-se invocar a teoria da “perda de uma chance”, própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da possibilidade e da omissão probatória por parte do Estado.

Isso porque 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.

Para a compreensão dessa necessidade (não apenas da possibilidade), as origens da teoria da perda de uma chance serão resgatadas de modo breve, sem exaurir, evidentemente, toda sua extensão, o que não é objeto deste estudo. Pretende-se 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 importação da teoria para o direito processual penal, com a demonstração da necessidade de que o Estado garanta a produção da prova acusatória – afastando-se condenação com base em presunções contrárias à presunção constitucional da inocência –, bem como com a verificação de casos em que a teoria da perda de uma chance foi aplicada, quando diante da dúvida razoável.

## 2 Origens da teoria da perda de uma chance

Conforme já se esclareceu na introdução deste artigo, não se pretende exaurir ou abordar com minúcias a Teoria da Perda de uma Chance como instituto em si mesmo, o que demandaria um estudo à parte, dada a complexidade e peculiaridade do tema. O objetivo, no entanto, é resgatar elementos suficientes à compreensão do instituto com vistas a sua aproximação possível ao direito processual penal.

Apesar de (ou, talvez, justamente em virtude de) muitos estudos terem sido e ainda serem realizados sobre o assunto, não há um consenso quanto ao critério de divisão e classificação da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, no entanto, que foi necessário o rompimento do sistema ortodoxo de aplicação do nexo de causalidade, de modo que a responsabilidade civil não se pautasse unicamente pela teoria da culpa, mas, inclusive, pela teoria do risco.

Em consideração à impossibilidade de se atingir certezas absolutas em relação à prova do nexo causal, a probabilidade passou também a ser admitida para fins de aferição da responsabilidade civil, o que ocorreu inicialmente na França – onde surgiu a expressão *perte d'une chance*.

A necessidade de suprir as insuficiências práticas das teorias da causalidade, que deixavam desamparadas inúmeras situações em que se verificava uma antijuridicidade frustrando uma chance futura, fez com que, aos poucos, a teoria da perda de uma chance fosse surgindo em decisões judiciais esparsas, ainda que sem esta denominação específica.

Não obstante haja referências a decisões francesas que remontam ao final do século XIX, a evolução teórica data da segunda metade do século XX, quando se iniciou a discussão acerca da possível autonomia do instituto ou seu pertencimento à causalidade parcial.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte excerto da obra de Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 58):

Pode-se assegurar, mesmo segundo os padrões ortodoxos, que o nexo causal já é determinado por meio de probabilidades. O que Jacques Boré e John Makdisi propõem é que a reparação seja concedida de acordo com a probabilidade efetiva e cientificamente provada.

Jacques Boré assevera que a utilização da causalidade parcial não seria algo antinômico com a aplicação ortodoxa da causalidade. Na realidade, todo processo etiológico é uma combinação entre lei causal e lei aleatória. Tal combinação pode ser encontrada na responsabilidade pela perda de uma chance, visto que o dano é formado por fatores conhecidos e desconhecidos [...].

Na década de 80, a Corte de Cassação italiana também aplicou a teoria da perda de uma chance, assim como o direito inglês e o norte-americano (SAVI, 2006).

Ainda que com certo atraso, juristas de outros países foram adotando a teoria da perda de uma chance, seja como uma noção de dano autônomo e específico, seja como espécie de causalidade parcial (PETEFFI DA SILVA, 2015).

O tema, assim como todo o tópico de responsabilidade civil, figura dentre os mais discutidos do Direito Civil, sendo ainda alvo de muitas críticas e controvérsias, como bem destaca Fernando Noronha:

Na França, que foi onde a teoria surgiu, o trabalho fundamental está com a jurisprudência: tem sido esta que vem invocando a perda de chances para, por esta via, determinar a reparação de muitos danos – e de um número de danos que progressivamente vem sendo ampliado. A doutrina tem acompanhado esse trabalho, umas vezes aplaudindo, outras censurando, mas dificilmente se encontram dois autores com uniformidade de ponto de vista. (NORONHA, 2003, p. 668.).

No Brasil, a teoria vem sendo aplicada em inúmeros julgados, e ganhou destaque na decisão do Superior Tribunal de Justiça referente ao programa televisivo denominado “Show do Milhão”. No caso em referência, a participante deixou de ganhar um milhão de reais, desistindo de responder à última pergunta, cujas quatro únicas alternativas estavam incorretas. Com isso, foi-lhe tolhida a chance de concorrer ao prêmio e, portanto, de vencer (STJ. REsp 788.459/BA. Rel. Min. Fernando Gonçalves. 4ª Turma. j. 8-11-2005). É evidente que a candidata poderia ter perdido, mas os requisitos para sua aplicação e a forma de calcular eventual indenização serão brevemente apreciados no próximo tópico.

De todo modo, não se pode negar que, desde sua origem até sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, há um objetivo consensual: tutelar a vítima de um dano decorrente da perda de uma chance.

### **3 Características e requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance**

Inicialmente, interessa destacar os ensinamentos de Fernando Noronha acerca de perda de chances, *in verbis*:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da

oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*, no segundo em *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido* (portanto, *dano presente*). (NORONHA, 2003, p. 665).

No que concerne à chance, está-se diante de uma oportunidade, seja de que algo aconteça, seja de que algo prejudicial deixe de acontecer. Portanto, falar em perda de uma chance implica a interrupção desse percurso por um fato antijurídico.

Pode-se afirmar, então, que a perda de uma chance é uma teoria dualista, pois une dois elementos opostos: certeza e incerteza. É esta última que gera maiores controvérsias entre os questionadores da teoria.

A certeza existe quanto ao fato antijurídico que ocorreu e interrompeu um processo aleatório em curso, obstando a fruição de uma oportunidade ou o impedimento de um prejuízo. De outro lado, a incerteza decorre da **incapacidade humana** (ênfatisa-se esta incapacidade, porque será de grande interesse nos próximos tópicos) **em afirmar com precisão inafastável** que a vantagem não seria obtida – por exemplo, que a candidata do Show do Milhão não acertaria a resposta da última pergunta, caso houvesse uma assertiva correta –, ou que o prejuízo causado pelo fato antijurídico não teria sido evitado. A ruptura causada impede que se tenha certeza de qual seria o final concretizado em caso de seguimento do processo inicial.

Rafael Peteffi destaca algumas características, de modo a esclarecer a incerteza como um elemento compatível com o dano indenizável:

Na lição de François Chabas, existem algumas características principais: a vítima deve estar em um **processo aleatório**, que foi **interrompido pelo ato do agente** e que ao final poderia lhe representar uma vantagem. Assim, pode-se afirmar que **há uma ‘aposta’ perdida** (essa aposta é uma possibilidade de ganho, é a vantagem que a vítima esperava auferir – como a procedência da demanda judicial e a obtenção do primeiro prêmio da corrida de cavalos – que normalmente pode ser enquadrada dentro da categoria de lucros cessantes) e **uma total falta da prova do vínculo causal** entre a perda dessa vantagem esperada e o ato danoso, pois essa aposta é aleatória por natureza. (PETEFFI DA SILVA, 2013, grifo nosso).

No mesmo sentido, leciona Fernando Noronha:

[...] nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter

uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado pode almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mas ou menos aleatória. Todavia, **apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria *chance perdida*, isto é, pela oportunidade que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer.** A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o *valor da reparação*. (NORONHA, 2003, p. 665-666, grifo nosso).

Como se pode observar do final do trecho supra, é o grau de probabilidade que determinará o valor de eventual indenização. Ou seja, se o evento cuja chance aduz ter-se perdido não fosse nem mesmo provável, é evidente que não se pode falar em dano.

É necessário separar as situações meramente hipotéticas, conjecturais, daquelas que são sérias e plausíveis, reais. Neste sentido:

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada. Inicialmente vale ressaltar que as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas [...]. A verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances. No entanto, podem-se traçar algumas características gerais, que auxiliam o aplicador do direito em um discernimento mais seguro e menos casuístico sobre a eventualidade do dano. [...] A chamada “Teoria da Perda da Chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos **casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;** [...]. Como foi visto até o presente momento, a teoria da perda de uma chance é utilizada devido à impossibilidade de se saber se a ‘aposta’, isto é, o processo aleatório, apresentaria um resultado positivo. (PETEFFI DA SILVA, 2013, grifo nosso).

No âmbito do Direito Civil, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance se vale de um juízo de probabilidade, e não uma mera possibilidade, mesmo porque se parte do pressuposto de que nenhuma das partes possuía nenhuma obrigação prévia (o que, nesta seara do direito, faria com que incidisse algum outro instituto).

#### 4 A aplicação da teoria da perda de uma chance ao direito processual penal

Dadas as especificidades de cada área, não se pode pretender aplicar a teoria da perda de uma chance ao direito processual penal sem qualquer critério diferenciador, fazendo-se necessário realizar uma aproximação, a partir da noção de processo penal como jogo.

Deve-se partir do pressuposto – que não é objeto de discussão neste artigo – de que não se apura a famigerada verdade real, mas sim, uma verdade que é produzida no jogo processual (LOPES Jr., 2014). Não se pode negar que, em determinados casos, o acusado poderia até ser condenado com os elementos constantes dos autos, mas também não se afasta a veracidade da constatação de que a produção das demais provas possíveis (perícias, depoimentos, filmagens etc.), **sempre** carga da acusação, poderia enfraquecer a tese acusatória ou mesmo levar à absolvição.

No campo do processo penal, pois, a ideia que preside é a acumulação dos elementos de convicção por parte da acusação. Em uma frase, **toda prova é necessária e nada é dispensável.**

Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a **não** produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída. E é justamente no conteúdo dos parênteses que reside o grande problema: como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória? Essa importante questão será enfrentada adiante.

É cada vez mais comum, notoriamente com a chancela do próprio Poder Judiciário, que as condenações ocorram exclusivamente com base na palavra dos policiais. Isso significa, em síntese, que não se possui mais nada a fazer no processo em contraditório. Confirma-se o que se disse no flagrante ou no inquérito policial.

Isso é, evidentemente, pouco democrático, porque havia chances de se produzir provas para além dos próprios agentes estatais. Nos casos de tráfico, a questão beira ao paroxismo. De regra, as provas da condenação advêm somente dos depoimentos dos policiais e não encontram guarida no restante do acervo probatório. Muitas vezes, os policiais afirmam que a abordagem se deu logo após observarem a venda para um



usuário de droga, mas nenhum possível comprador de droga é identificado ou presta declaração, nem é conduzido à autoridade policial. Consequentemente, dito usuário jamais será ouvido em juízo. Nem sequer quando a venda ocorre em veículos, as placas dos tais compradores são anotadas. Assim, os agentes de segurança pública deixam de colher a prova potencialmente isenta, não por ausência de possibilidade de produção da prova mais adequada, mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço e pela confiança na atribuição de alta confiabilidade aos seus próprios relatos.

Estamos em 2017, tempo em que a tecnologia facilita as filmagens – aliás, depois da jornada de protestos de 2013, os policiais receberam câmeras para serem colocadas nas fardas –, e não se justifica a manutenção do modelo medieval de produção probatória testemunhal, transformando a fonte de prova (testemunho policial) em prova. Há possibilidade de tal proceder e não se adota. Logo, a prova resta enfraquecida.

A consequência da atribuição de alto valor probatório aos testemunhos de policiais, dando-lhes capacidade de, *per se*, 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*, inverte-se 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. Sem falar no grande número de casos que enfrentam diariamente, o que os impede de que se lembrem com precisão de todos eles, o que comumente termina na leitura dos depoimentos da investigação preliminar. Chega-se, novamente, à conclusão de que se está tolhendo o direito ao contraditório dos acusados nestas situações.

Constituem possíveis meios de prova: a filmagem de toda a ação, investigações anteriores, condução dos usuários por porte, GPS da viatura, etc. Mas nada disso é produzido. A acusação se restringe a produzir (repetir) em juízo os depoimentos dos policiais. Nesse contexto, ainda que os depoimentos dos policiais não sejam inválidos, cabe indagar se o Estado polícia, acusador e juiz não deve exigir a produção de todas as provas possíveis, sob pena de flexionar a presunção de inocência pressuposta em nome da facilidade da condenação, fazendo com que o acusado perca a chance de questionar a consistência e coerência de todas as provas.

Não é apenas em situações em que os policiais são as únicas testemunhas que a perda da chance se verifica. Há hipóteses, por exemplo, de tentativa de homicídio

que ocorreram em frente a câmeras de monitoramento e há apenas o depoimento da vítima. Muitas vezes a vítima não tem interesse em apontar o verdadeiro autor da tentativa de homicídio, por temor ou por pretender vingar-se pessoalmente. Em outras situações, a vítima pode até mesmo aproveitar para apontar um desafeto qualquer seu como possível autor do delito (ainda que nem tenha visto quem de fato foi). Não se sugere transformar a vítima em acusado, mas o fato é que o Estado é responsável por solucionar o caso, não a vítima. Se há uma imagem gravada pelo monitoramento do próprio Estado, é inadmissível que não seja juntada aos autos.

A perda da chance de que **todas** as provas contra si sejam produzidas implica uma perda, sem possibilidade de produção pela parte contrária, lembrando-se, ainda, que **o acusado nada deve provar** (e, mesmo quando solicita tais provas, isso só é oportunizado em momento que já não permite a obtenção de êxito – as imagens já foram deletadas, as impressões digitais já desapareceram etc.). Dito de outra forma: o Estado não pode perder a oportunidade de produzir provas contra o acusado, tirando-lhe a chance de um resultado pautado na (in)certeza. Todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, já que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo.

Enquanto na seara civil se fala em probabilidade de ocorrência do evento desejado (obtenção da vantagem ou não ocorrência do prejuízo, obstada pelo fato antijurídico), no processo penal não se pode falar em probabilidade. Para a condenação, exige-se a certeza, e não deve haver elemento algum que faça presumir a culpa de alguém. A culpa deve ser devidamente comprovada.

Nos casos em que a prova estava ao alcance do Estado e não foi produzida, não se pode substituí-la por outros elementos, sob alegação da ausência de probabilidade de que aquela prova faltante fosse absolver o acusado.

O Estado é garante dos direitos fundamentais e deve assegurar que os preceitos legais, constitucionais e convencionais sejam devidamente respeitados. Não pode, pois, eximir-se de sua responsabilidade, quando o ônus de afastar a inocência presumida lhe incumbe integralmente.

Deve-se, portanto, exigir-se justificativa plausível para que se tenha perdido a chance de se produzir prova material, além da testemunhal, pelos agentes estatais<sup>1</sup>. Não

1 Outra questão polêmica é a da credibilidade ou não do depoimento policial. Lógico que, em função de serem todas as provas relativas, não havendo hierarquia nem valor apriorístico entre elas, a função de policial, em princípio, não invalida nem diminui seu valor, mormente se harmônico com o conjunto de elementos produzidos no processo. Entretanto, o depoimento de policiais, principalmente nas ações penais nos crimes de entorpecentes, quando exclusivos, e sendo possível, no momento da prisão em flagrante obter a declaração de pessoas estranhas à corporação, e divorciados de outros elementos probatórios, não devem servir para fundamentar um édito condenatório. A função da polícia não é a de fazer prova, mas de obter provas. Ora, uma infração penal que na sua apuração resultou confirmada apenas por depoimentos policiais, confusos e contraditórios e, quando da fase de instrução, nenhum elemento novo foi acrescido, mostra-se sem a credibilidade necessária para

basta a ausência de condições tecnológicas, pois essas são possíveis e não realizadas pelo próprio Estado. Há a perda de uma chance para a defesa pela ausência de prova possível e factível da acusação, a ser apurada em cada caso. Por sua omissão, o Estado ceifa a possibilidade de comprovação mais substancial e impede a perfeita configuração da ação típica, ou até mesmo a demonstração da inocência do acusado.

Não é coerente, por exemplo, aceitar-se como suficiente o relato prestado por policiais no sentido de que viram o acusado praticando o crime de tráfico de droga quando havia possibilidade de os mesmos agentes, no estrito cumprimento do dever legal, colherem informações de terceiros para justificar a prisão em flagrante. Proceder assim é atentar contra a qualidade da prova e deslegitimar eventual decisão condenatória, porque obviamente não foram esgotadas – e por omissão relevante do próprio Estado – as formas de averiguação do fato imputado.

Por isso é que se afirma: a destruição do estado constitucional de inocência do acusado não se pode dar unicamente pela prova produzida contra ele *pelo* Estado na forma de seus agentes, dado que dificilmente refutável, a se considerar a realidade dos casos, nos quais não raramente a única defesa do acusado será sua própria palavra – à qual se dá pouca confiabilidade na jurisprudência – em face da dos policiais. Dever-se-á, assim, sempre se exigir uma “comprovação externa”, a ser buscada pelos próprios agentes públicos quando do cumprimento das diligências, claro, dentro de uma razoabilidade, já que nem todas as condutas possibilitam ampla produção probatória<sup>2</sup>.

que o julgador julgue procedente a pretensão punitiva. A autoridade policial, nos inquéritos, tendo oportunidade de obtenção de outras provas, outros testemunhos, estranhos ao quadro policial e não o fazendo, deve ter seu testemunho aceito com reservas, negando-se o valor a essa prova assentada, somente, em depoimentos policiais. Até porque, quando os policiais que efetuaram o flagrante, podendo, não trazem aos autos pessoas estranhas ao processo para que se outorgue validade a seus atos, normalmente, o ato de prisão ocorreu com violências, agressões e outros meios ilícitos que maculam como duvidosas e imprestáveis as provas produzidas. (MADEIRA, 2003, p. 98-99).

Da mesma forma, não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, 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. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em reação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento. Contudo, é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação “exclusivamente” (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação. Na continuação, nos deparamos com sentenças condenatórias em que são utilizados os elementos do inquérito e o depoimento dos policiais em juízo. Isso é aceitável? Claro que não. (LOPES Jr., 2011).

- 2 Para a comprovação da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (e de outros tipos penais previstos nesta Lei), exigia-se, no passado, prova testemunhal considerada isenta, vale dizer,

Ademais, reforça-se que não é papel do acusado provar sua inocência, já que a carga probatória é do Ministério Público, a quem incumbe demonstrar, de maneira inequívoca, que a droga apreendida era de fato destinada à comercialização e, mais do que isso, que o acusado possuía relação com a droga apreendida (no exemplo do tráfico de drogas). O dano decorrente da condenação, mesmo ausente a produção de prova possível, implica o reconhecimento da modulação, invertida, da Teoria da Perda de uma Chance, no Processo Penal. Não se trata de dano hipotético ou eventual, mas sério e real à liberdade de alguém.

Quando da menção à teoria na esfera civil, enfatizou-se a impossibilidade de se ter qualquer certeza acerca do resultado eventualmente obtido não fosse o fato antijurídico praticado. Pois bem, o mesmo raciocínio se aplica ao processo penal. Afronta a legislação processual penal, dispositivos constitucionais e convencionais o não exaurimento das provas acusatórias passíveis de produção, sendo, por conseguinte, prática antijurídica. O resultado não pode – por mais que muitas vezes se realizem exercícios de futurologia em desfavor do acusado no Poder Judiciário brasileiro – ser previsto.

A perda da chance probatória por parte do Estado estabelece o nexo de causalidade com a fragilidade da prova que poderia ser produzida e, com isso, diante da 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 palavra isolada dos policiais ou outros elementos semelhantes, a conclusão é a de que, em muitos casos, a condenação será abusiva.

Abusiva, especialmente, por se tratar do ano de 2017, com meios tecnológicos hábeis disponíveis em diversos países, até mesmo no Brasil (em que sua utilização se restringe a determinados estados da Federação ou a situações de maior relevância político-econômica).

O que se reconhece é que a condenação de um sujeito, em uma democracia, exige a produção de prova por todos os meios disponíveis. Sem eles, havendo qualquer dúvida, a absolvição é o único caminho.

---

distinta dos quadros da polícia, pois esta, através dos seus agentes, seria a responsável pela prisão ou investigação, logo, teria interesse em mantê-la, justificando seus atos e pretendendo a condenação do réu. Não mais vige esse pensamento, como majoritário, nos tribunais brasileiros. Preceitua o art. 202 do CPP que ‘toda pessoa poderá ser testemunha’, logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar, sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho. Ressaltamos, entretanto, que é preciso cautela, em determinadas peculiares situações, para a aceitação incondicional desses depoimentos. Parece-nos cauteloso que o magistrado, visualizando, em processos de apuração de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, um rol de testemunhas de acusação formado somente por policiais, indague dos mesmos a razão pela qual não se obteve nenhuma outra pessoa, como testemunha, estranha aos quadros da polícia. Essa verificação é essencial, pois uma apreensão de drogas feita à vista de inúmeras pessoas, em local público, por exemplo, pode perfeitamente contar com o testemunho de pessoas que não sejam policiais. (NUCCI, 2010).

Sabe-se que a condenação exige certeza e, havendo dúvida acerca da autoria ou da própria materialidade do delito, bem como a perda da chance de produção de prova por parte do Estado, plenamente factível, nos dias atuais, em face dos avanços tecnológicos ou qualquer outra razão que seja, a absolvição é a medida que se impõe. A Teoria da Perda de uma Chance, assim, pode ser invocada no processo penal para o fim de justificar teoricamente a absolvição pela falta de provas possíveis, não apuradas, não produzidas, mas factíveis, prevalecendo a presunção de inocência, tantas vezes esquecida e/ou manipulada no cotidiano forense.

## 5 Chances perdidas e absolvição

Felizmente, nem todos os operadores do Direito esqueceram o real significado da presunção da inocência. Mais que isso: já há casos em que a falta da produção da prova factível pela acusação ensejou a absolvição de réus em algumas comarcas catarinenses, bem como na Justiça Federal (4ª Região).

Nesse sentido, decidiu o Magistrado catarinense Maurício Fabiano Mortari nos autos n. 0138057-70.2013.8.24.0075, reconhecendo a impossibilidade de se condenar em face da total ausência de provas, que poderiam perfeitamente ter sido produzidas pelo Estado-acusação. Da sentença, destacam-se os seguintes excertos:

Noutro giro, a existência do crime é duvidosa frente à prova produzida nos autos, considerando a ausência de elementos mínimos necessários para a formação de um juízo de certeza apto a embasar um decreto condenatório.

Isso ocorre porque a única prova produzida na fase judicial foi a oitiva da vítima, que, tida como informante, impõe-se que suas declarações sejam recebidas com certa reserva, sendo imprescindível que sua palavra seja corroborada por outros elementos de prova.

No ponto, é necessário ressaltar que, de fato, as declarações prestadas pela vítima na fase judicial foram consentâneas com aquelas prestadas perante a Autoridade Policial, porém estão absolutamente isoladas nos autos. Segundo relatou, a guarnição policial foi acionada para atender uma ocorrência envolvendo violência doméstica, oportunidade em que flagrou o acusado do lado de fora de uma residência, bastante alterado e ensanguentado (devido a um soco desferido contra a vidraça da casa), efetuando diversas ameaças e ofensas verbais contra sua sobrinha, que no momento estava dentro da casa. A polícia pediu calma ao réu, porém sem sucesso, pois ele redirecionou sua revolta aos policiais, tentando resistir à prisão por meio de ameaças de morte e tentativas

de agressão com uma barra de ferro. Não obstante, o réu foi conduzido à Delegacia de Polícia, local onde efetuou ameaça de morte contra a vítima, bem como contra sua família, dizendo que iria atrás dela quando saísse da cadeia. Por fim, a vítima narrou que realmente se sentiu atemorizada com as palavras proferidas pelo acusado, porque ele é agressivo e perigoso, e que tais palavras foram ditas na frente de outras pessoas, mas dirigidas especificamente a sua pessoa (gravação de página 48).

O acusado, por sua vez, não consignou sua versão nos autos, tendo em vista que foi revel e na fase policial exerceu seu direito constitucional de permanecer calado (página 7).

Assim, como dito anteriormente, a palavra da vítima, embora firme e coerente, está absolutamente isolada nos autos, de forma que não há uma prova sequer, imparcial e produzida sob o crivo do contraditório, que autorize a condenação do acusado.

[...]

Necessário frisar, ainda, que a ausência de elementos para a condenação do réu é atualmente condição indiscutível deste processo, porém, não foi uma barreira intransponível durante a instrução processual. Isto porque o suposto delito foi cometido na frente de outras pessoas, de modo que é razoável acreditar que pelo menos um outro policial tenha ouvido as ameaças do réu e, caso tivessem sido arrolado, poderia confirmar a prática delitiva.

No mesmo diapasão, 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 uma 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.)

Do inteiro teor do acórdão, destaca-se:

Nesta hipótese, caberia ao órgão acusador a comprovação de que se tratava da mesma pessoa, por meio de interceptação nos telefones do acusado, identificação física ou inquirição de testemunhas, por exemplo.

No âmbito do processo penal, as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, porquanto a vida e a liberdade do indivíduo estão em jogo. Em crítica doutrinária, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA afirma que “os agentes de segurança pública deixam de colher prova potencialmente isenta, não por ausência de possibilidade de produção da prova mais adequada, mas sim pela cômoda adoção da lei do menor esforço e pela confiança na atribuição de alta confiabilidade aos seus próprios relatos” (in Teoria da Perda de uma chance probatória por ser aplicada ao Processo Penal).

Nas razões de sua apelação, o Parquet Federal também afirma que, havendo dúvida acerca da individualização do acusado, caberia à defesa requerer a realização de perícia técnica de voz. Contudo, **a regra decorrente do estado natural de inocência (art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, e art. 8º, 2, da CADH) transfere integralmente a carga probatória ao órgão acusador.**

Portanto, a atitude do julgador, ao se deparar com requerimento da defesa pugnando por produção de provas, deveria tomar em consideração o viés da Teoria da Perda de uma Chance, conforme aponta Gabriel Rodrigues de Carvalho, em seu artigo ‘Precisamos falar sobre a Teoria da Perda de uma Chance no Processo Penal’. Nesse sentido, na linha do autor, a fragilidade probatória (poucas testemunhas presenciais, prova fundada apenas na palavra da vítima ou nas de policiais responsáveis pela prisão em flagrante, etc.), implica necessariamente produção de provas, sob pena de não ser efetivado o contraditório capaz de infirmar a presunção de inocência.

## 6 Conclusão

A partir da tensão que se estabelece entre liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, pode-se invocar a teoria da perda de uma chance para que se analisem os modos de absolvição em face da possibilidade de não produção de provas pelo Estado em cada contexto processual.

A condenação exige superação da dúvida razoável, por padrão de *standard* probatório democrático, e no caso de ausência de todas as provas (possíveis) acerca da autoria e materialidade do delito, dada a perda da chance de produção da prova por parte do Estado, prevalece a presunção de inocência. Assim é que se afirma a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance para fundamentar, em cada caso específico, a absolvição por falta de provas possíveis, as quais poderiam ter sido produzidas, mas não o foram (por dolo ou culpa dos agentes estatais), de modo que se supera a mera condenação por indícios e/ou provas rarefeitas, dando-se prevalência a importância de produção de todas as provas possíveis pela acusação.



## Referências

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. Precisamos falar sobre a Teoria da Perda de uma Chance no Processo Penal. Empório do Direito. Publicado em 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal/>>. Acesso em: jan. 2017.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. Edição digital. Lumen Juris: 2011.

MADEIRA, Ronaldo Janus. *Da prova e do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 98-99.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2013.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>>. Acesso em: jan. 2017.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.