

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

**DIREITO PROCESSUAL PENAL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE
APLICAÇÃO DA TEORIA NA APRECIÇÃO DAS PROVAS**

**CRIMINAL PROCEDURE LAW AND LOSS OF A CHANCE THEORY-
APPLICATION OF THEORY IN ASSESSMENT OF THE EVIDENCE**

**Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Rafael Lima Torres**

Resumo

Visa a presente pesquisa analisar a teoria da perda de uma chance, inicialmente buscando sua conceituação na ciência do Direito, para, posteriormente, analisar a sua aplicabilidade, com os devidos ajustes, ao processo penal, especificamente no tocante a produção de provas pela parte acusadora. Para tanto, fez-se necessário destacar as principais características do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao sistema processual acusatório, realizando-se uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988. Por fim, foi tratado sobre a importância da inovadora aplicação desta teoria na produção probatória e o respeito ao princípio da presunção de inocência e in dubio pro reo, corolários constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance, In dubio pro reo, Presunção de inocência, Ônus probatório no processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to analyze the loss of a chance theory, initially seeking its concept in the science of law, then analyze their applicability, with the necessary adjustments, the criminal proceedings, specifically as regards the production of evidence by the party accusing. For this, it was necessary to highlight the main features of criminal proceedings in the Brazilian legal system as the accusatory procedural system, an interpretation as the Federal Constitution of 1988. Finally, the importance of innovative application of this theory in probative production and respect the principle of innocence presumption and in dubio pro reo, essential corollaries to constitutional democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Loss of a chance theory, In dubio pro reo, Innocence presumption, Evidentiary burden in criminal proceedings

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a teoria da perda de uma chance, originalmente construída a partir do direito civil, e sua aplicabilidade no direito processual penal, especificamente no tocante à obrigação que o autor da ação penal tem de produzir as provas que fundamentem a pretensão acusatória.

O artigo fará menção, principalmente às obras de Alexandre Moraes da Rosa, magistrado que de forma precursora vem aplicando a teoria da perda de uma chance ao processo penal, especificamente quanto à produção insuficiente de provas pela parte acusadora.

Tal paralelo se faz pertinente uma vez que cabe ao ente acusador fundamentar, através da competente instrução probatória, os subsídios que o magistrado deverá adotar para concretizar a condenação do acusado, sendo tal atitude imprescindível para que a sentença penal a ser proferida ao final tenha o teor condenatório. Caso não logre êxito em produzir as provas necessárias para embasar a pretensão punitiva, a teoria da perda de uma chance, com os respectivos ajustes e sempre levando em consideração o princípio constitucional da presunção de inocência do acusado, impõe ao magistrado o decreto absolutório, pela falta de provas da ocorrência dos fatos narrados na denúncia.

Insta salientar que a aplicação da teoria da perda de uma chance ao processo penal não é aplicada como um espelho da teoria desenvolvida e aplicada às searas do direito civil, pela evidente diferença de escopo entre as matérias e bens jurídicos protegidos por ambos os ramos autônomos do direito.

O artigo, portanto, visa expor alguns parâmetros doutrinários que justificam a utilização da teoria da perda de uma chance como forma de se obter maior efetividade da prova produzida contra o acusado pelo Estado, diante da presunção de inocência, pressuposto do processo penal democrático e do sistema processual penal acusatório.

Para a realização da pesquisa utilizou-se o método teórico-bibliográfico, pelo qual foram aplicados textos de livros, artigos, publicações jurídicas no geral e documentos legislativos, abordando-se o tema de maneira dedutiva e dialética, tendo em conta a obtenção dos fundamentos necessários para o esclarecimento das questões propostas neste estudo.

1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Inicialmente, cumpre destacar os pressupostos conceituais referentes ao que é e como surgiu a teoria da perda de uma chance, para que, em seguida, se adapte a teoria à produção de provas no âmbito processual penal.

Quanto aos primeiros registros da aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico francês, KFOURI NETO (2001, p. 46) descreve que:

“O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves conseqüências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexó de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso - e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.”

Na Inglaterra, a primeira incidência da teoria da perda de uma chance no sistema *common law* ocorreu em 1911, no caso *Chaplin versus Hicks*, tendo tal teoria sido batizada, na época, de doutrina das probabilidades (SILVA, 2013, p. 11):

“A Autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual impediu a autora de participar da fase final do concurso que consistia em uma apresentação perante um júri. As 50 finalistas estavam concorrendo a 12 prêmios distintos. Um dos juízes de apelação argumentou que, diante da ‘doutrina das probabilidades’, a autora teria vinte e cinco por cento (25%) de chances de ganhar um dos prêmios.”

No Brasil, a referida teoria foi aplicada de forma pioneira recentemente, sendo o primeiro caso que se tem notícia datado de 1991, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (Apelação Cível n. 591064837, 1991).

Neste julgamento, os magistrados entenderam que um advogado, ao verificar o extravio de um processo, deveria ter solicitado a reconstituição dos autos e notificado sua cliente sobre o ocorrido. Como nenhuma destas providências foi adotada, foi considerado culpado pela perda de uma chance em obter a prestação jurisdicional em favor de sua cliente, devendo, pois, indenizá-la.

O instituto da responsabilidade civil, em função da evolução e modernização das relações sociais, vem sendo objeto de constante reflexão por parte da doutrina, principalmente no tocante ao modo pelo qual a vítima deve ser reparada quando verificado o efetivo ato ilícito ensejador do dever de indenizar, conforme menciona LIMA, (2000, p. 19):

“O entrecchoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa à vista de fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista.”

Muito embora de recente aplicação no país, a teoria ora em comento busca desenvolver a clássica conceituação da teoria da responsabilidade civil visando promover a reparação mais completa possível da vítima.

Almejando uma maior compreensão, impende trazer à baila o que pode ser entendido como perda de uma chance, conforme menciona SAVI (2006, p. 4):

“O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendemos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade.”

CAVALIERI FILHO (2008, p. 75) também trata do tema, conceituando que:

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

A existência da probabilidade, portanto, é condição para que se reconheça o dever de indenizar em caso de frustração de uma oportunidade. A incerteza da ocorrência do resultado, contudo, é o grande óbice trazido pela parte da doutrina que discorda da aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que se estaria, em tese, indenizando lesões baseadas em meras expectativas. (LOUREIRO, 2014)

A chance se cogita no campo substantivo, ainda que abstrata, mas que pode ocasionar prejuízo ao indivíduo, pois resulta na perda da própria possibilidade de se buscar alcançar um objetivo, muitas vezes ganhos que seriam atingidos a partir da concretização da expectativa encravada na chance. A chance seria o meio para se materializar a expectativa, conforme menciona SILVA (2013, p. 19):

õQue a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance confere um caráter autônomo às chances perdidas. Essa referida autonomia serviria para separar definitivamente o dano representado pela paralisação do processo aleatório no qual se encontra a vítima (chance perdida) do prejuízo representado pela perda da vantagem esperada, que também se denominou dano final. A vantagem esperada seria o benefício que a vítima poderia auferir se o processo aleatório fosse até o seu final e resultasse em algo positivo. Desse modo, a paralisação do processo aleatório seria suficiente para respaldar a ação de indenização, pois as chances que a vítima detinha nesse momento poderiam ter aferição pecuniária, exatamente como ocorre com o bilhete de loteria roubado antes do resultado do sorteio.õ

Um equívoco frequente é quando se confunde a indenização pela perda de uma chance com lucros cessantes. O fato de fazer alguém perder uma chance não tem o condão de definir o dano daí proveniente como um lucro cessante, uma vez que a perda de uma chance não pretende indenizar a perda do resultado final almejado. Ao avesso, tem por objetivo reparar a vítima que injustamente foi privada da possibilidade de tentar alcançar tal resultado, que teve uma chance impedida de maneira inconveniente e, assim, ao perder a chance, particularmente considerada, perdeu algo que já lhe fazia jus.

Se faz necessário, para entender tal preceito, partir da ideia de que, ao se falar ter perdido uma relevante chance, está se asseverando que essa chance perdida era algo que já se possuía, algo com o que já se contava e que está dissociada do resultado final que essa mesma chance, como um bem já adquirido, poderia proporcionar. Tem-se a chance, neste conceito, como um elemento precipuamente autônomo.

Posição esta que se adequa na lição de ROSARIO (2009, p. 133):

o a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável (...) Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos.

Não há como se entender, portanto, a perda de uma chance com lucros cessantes, mas sim como uma espécie de dano emergente, uma vez que o...nas hipóteses de perda de uma chance, a conduta do réu não é condição necessária para o aparecimento do dano final, mas apenas para a perda da chance de auferir a vantagem esperada. (SILVA, 2009, p. 220).

NORONHA (2007, p 676) compartilha do mesmo pensamento quando explica que a perda de uma chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados.

Desta forma, o valor da indenização uma vez que não se está reparando no caso da perda de uma chance, o eventual benefício que o indivíduo supostamente iria auferir, mas sim a chance em si, que é um elemento autônomo, separado do resultado final tido como incerto.

Como consequência disso o valor da indenização jamais poderá ser algo pautado em lucro cessante, devendo ser sempre um valor inferior à quantia efetivamente esperada caso o evento futuro ocorresse sem a intervenção de outrem durante o processo.

Importante, neste sentido, destacar que o valor do dano emergirá das probabilidades existentes em se obter êxito ou não do que se pretendia, antes da interrupção inesperada. KFOURI NETO (2012, p. 111) destaca que a chance perdida o deve ser "séria" ou "real e séria". É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado o prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Não obstante a possibilidade de reparação de uma chance perdida, com fulcro na responsabilidade civil da teoria da perda de uma chance, deve-se embasá-la na probabilidade que o indivíduo tinha de auferir em determinada situação um resultado.

Logo, ela é totalmente diferente da reparação do dano final, onde se baseia no ganho final de determinada situação para fins de indenização.

Portanto, deve ressaltar que o conceito de perda de uma chance apenas pode ser utilizado quando não existe causalidade necessária entre o fato danoso e a perda do benefício objetivado pela vítima.

2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS Ó INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, cumpre destacar os pressupostos do sistema processual penal acusatório, instituído no ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (artigo 129, I, CF), a Carta Magna estipulou como evidente a preferência por este modelo, que possui as características essenciais de separação entre as funções de acusar, defender e julgar, concedidas a personagens bastante distintos.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo, devendo o órgão julgador, obrigatoriamente, ser dotado de imparcialidade, e o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. (BRASILEIRO DE LIMA, 2011, p. 6)

Decorre como pressuposto deste sistema processual penal acusatório o princípio da presunção de inocência, também conhecido como presunção de não culpabilidade ou de estado de inocência, tendo disciplina expressa no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que esclarece que o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença penal condenatória transitada em julgado.

A regra, portanto, sempre será a inocência do acusado durante o trâmite processual, sendo tal preceito uma determinação fundamental constitucional, conforme menciona TÁVORA (2015, p. 51):

õAntes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.õ

Do princípio da presunção de inocência, resultado do sistema processual acusatório instituído pela Constituição Federal, derivam duas regras fundamentais, portanto: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de provar sua inocência, e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A regra de não incriminação por parte do acusado remonta a ideia de que o processo penal deve preservar, como princípio basilar, a integridade do acusado durante a instrução probatória, uma vez que pelo tamanho e poder do ente público, este não deve necessitar impingir ao acusado a obrigatoriedade de produzir provas que, por vezes, poderão ser utilizadas contra si próprio.

É justamente neste momento, onde existe altíssima tensão entre a acusação e a liberdade, que é necessária a existência concreta de provas produzidas nos autos, para a devida fundamentação de um decreto condenatório, possibilitando a efetivação do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, e, por conseguinte, do devido processo legal.

Desta forma, tem-se que ônus probatório em matéria processual penal é incumbência do órgão acusador, sendo, portanto, um direito-dever, conforme entende MARQUES (1997, p. 265):

Segundo estatui o texto legal por último citado, o réu será absolvido quando não houver prova da existência do fato (artigo 386, n° II), ou quando não existir prova de ter concorrido para a infração penal (artigo 386, n° IV) (Atualização Legal: inciso V). Deduz-se de ambos os preceitos que à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para a demonstração da existência do corpus delicti e da autoria. Daí se segue que todos os elementos constitutivos do tipo devem ter sua existência provada, ficando o onus probandi, no caso, para a acusação. Cabe a esta demonstrar, não só a chamada materialidade do crime (o que é função do auto de corpo de delito), como ainda os elementos subjetivos e normativos do tipo. (Texto atualizado. Redação dada pela Lei n° 11.690, de 2008).

TOURINHO FILHO (1999, p. 236) adota posicionamento similar:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação.

Oportuno salientar que inúmeros processos possuem juízo condenatório calcado apenas nas palavras da autoridade policial que efetivou a prisão, ou apenas a condução do agente à delegacia de polícia. O argumento não é a suposta ausência total de credibilidade da palavra da autoridade policial, mas sim que o decreto condenatório deve pautar-se em um bojo probatório mais robusto, com a existência de um procedimento de investigação que, quando possível, possa ser repetido em juízo.

É imprescindível a variedade de provas produzidas pelo Ministério Público nas ações penais públicas, ou pela vítima, então querelante, nas ações penais privadas, respeitando-se os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. BADARÓ (2003, p. 319) trata do tema:

õQuando o art. 5.º, LVII, assegura que ninguém pode ser considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe indagar se a ilicitude da conduta é ou não necessária para a condenação. Evidentemente que a resposta é positiva e, em consequência, a ilicitude da conduta também é objeto da presunção de inocência: se houver dúvida sobre uma causa de excludente de ilicitude, o acusado deve ser absolvido.õ

O legislador infraconstitucional de 2008, mesmo mantendo a mesma redação inicial no artigo 156 do Código de Processo Penal, consagrou tal tese ao incluir a nova referência de absolvição no inciso VI, do artigo 386 do CPP, como afirma GOMES FILHO (2008, p. 255/256):

õEm matéria de ônus da prova, o legislador manteve a redação original do Código: õA prova da alegação incumbirá a quem a fizerõ. Não se preocupou, assim, em explicar ó já nessa regra inicial ó os importantes desdobramentos do princípio-garantia da presunção de inocência consagrado em nosso ordenamento pela Constituição de 1988 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Mas fez, adiante, ao incluir expressamente referência à absolvição em caso de dúvida quando à ocorrência de causas de justificação ou isenção de pena (nova redação do art. 386, VI).õ

A inversão do ônus da prova ao acusado no processo penal, portanto, cinge-se de inconstitucionalidade plena, posto que com base nos princípios constitucionais fundamentais insculpidos no artigo 5º da Carta Magna, jamais pode ser uma obrigação do acusado desvencilhar-se dos fatos a ele imputados, mas sim cabe à acusação

construir através de evidências robustas a responsabilidade de quem se acusa pelo ato criminoso apontado.

A *contrario sensu*, no tocante ao princípio do favor rei, observa-se que, por vezes, diante da ausência de provas na ação penal, acarretando dúvidas razoáveis sobre a autoria e materialidade delitiva, acaba-se condenando o réu, vilipendiando a presunção de inocência, muito embora esteja consagrado no ordenamento jurídico brasileiro que havendo dúvida sobre autoria de determinado crime, impõem-se a absolvição do acusado. Sobre o tema BRASILEIRO DE LIMA (2007, p. 11) posiciona-se no sentido de que a obrigação de produzir a prova sempre será da acusação:

“Na dúvida, a decisão tem que favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.”

Especificamente nestes casos, em que a prova processual produzida pela acusação é falha e frágil, não sendo suficiente para embasar um decreto condenatório, é que a teoria de uma chance perdida deve ser adaptada ao processo penal, com as devidas adaptações, especificamente quanto a instrução probatória a ser realizada pela parte acusatória.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO PROCESSO PENAL

No momento em que o magistrado se depara com a ausência de provas contundentes para proferir seu julgamento, é que a teoria da perda de uma chance poderá ser aplicada, em razão de elementos suficientes que comprovem a autoria e/ou a materialidade do crime pelo qual o réu fora acusado. Neste sentido explica MORAIS DA ROSA (2014):

“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 não produção de provas pelo Estado. Isso porque num processo democrático não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, eximindo-se das demais possíveis,

até porque não se trata mais de verdade real, mas de verdade produzida no jogo processual.ö

MORAIS DA ROSA (2014, p. 98), manifesta-se sobre a dificuldade existente, em alguns casos, de se presumir a inocência do acusado, levando-se em conta a mentalidade inquisitória existente: ö...presumir a inocência, no registro do código de Processo Penal em vigor, é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitóriaö.

Além da existência da mentalidade inquisitória nos tribunais brasileiros, existe o evidente problema das condenações proferidas com base exclusivamente em antecedentes criminais, uma vez que a prova produzida nos autos, muitas vezes, não é suficiente para fundamentar a sentença penal condenatória.

Assim, devido ao princípio da presunção de inocência, a teoria da perda de uma chance probatória se fundamenta, na impossibilidade de condenação com prova de caráter superficial, ödaí que a presunção de inocência deve ser colocada como o significativo primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da inocência é função do jogador acusador.ö (MORAIS DA ROSA, 2014, p. 98).

No que tange aos requisitos da aplicação da teoria da perda de uma chance, MORAES DA ROSA (2014, p. 100), delimita que:

öO dano decorrente da condenação, mesmo ausente a produção de prova possível, implica no 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 da liberdade de alguém. A perda da chance probatória por parte do Estado acusação gera 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, os efeitos dessa ausência.ö

Cumprido destacar, neste ponto, que a teoria do direito civil não será trazida para o âmbito penal como espelho. A teoria da perda de uma chance probatória, no processo penal, é passiva de aplicação quando a parte acusadora se eximiu de angariar provas suficientes para determinar a responsabilidade do acusado em determinada ação penal.

Não se pode demandar do magistrado, portanto, qualquer decisão positiva frente a ação penal, caso a parte que acusa não consiga lograr êxito em instruir o processo com as provas suficientes à sua pretensão, conforme menciona MORTARI (2015):

“É dizer, em suma, que se o órgão acusador contentou-se com a prova produzida nos autos ó embora fosse possível angariar outros elementos de prova e produzi-los sob o crivo do contraditório ó, não se pode exigir do juiz uma resposta positiva ao pleito inicial diante da produção anêmica das provas, havendo então a perda da chance de provar a existência do fato típico.”

É neste sentido que a teoria da perda de uma chance probatória constitui-se, posto que justifica a absolvição pela fragilidade ou total ausência de provas, uma vez que o detentor do *mínus* acusatório não se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus, não produzindo todas as provas que deveria produzir para fundamentar os fatos narrados na denúncia, não fornecendo, pois, ao órgão julgador, motivação necessária para a prolação de um juízo condenatório.

Neste contexto observa-se que o princípio da presunção da inocência coaduna totalmente com a teoria da perda de uma chance probatória, forçando em outras ações penais que toda prova factível seja angariada, para que se chegue a pretendida e justa condenação.

Cumprido destacar que, conforme se denota no processo penal contemporâneo, em meio a diversas tecnologias onde se tem viaturas policiais equipadas com câmeras de alta resolução, bem como em determinados Estados há polícias que utilizam tais equipamentos, inclusive, junto aos uniformes, e mesmo assim a acusação mostra-se em alguns casos defectível, utilizando para a condenação o único depoimento do policial. Assevera MORAIS DA ROSA (2014):

“Estamos em 2014, tempos em que a tecnologia facilita as filmagens ó aliás, os policiais depois das jornadas de protestos de 2013 receberam câmeras para serem colocadas nas fardas ó e não se justifica a manutenção do modelo medieval de produção probatória testemunhal. Há possibilidade de tal proceder e não se faz. Logo, enfraquecida resta a prova. E é o que se faz quando se confere alto valor probatório aos testemunhos de policiais, dando-lhes capacidade de, per se, embasarem uma condenação: o próprio agente público finda por óse transformar na prova ó quando, na realidade, sua função precípua é a de angariar elementos probatórios.”

Neste sentido, é uma tendência em diversas ações penais a condenação pautada exclusivamente com base no testemunho dos policiais, inclusive em situações em que seria, em tese, possível a produção de demais provas e atos de investigação.

O resultado disso são condenações com base em dúvidas, de provas que não refletem sequer a verossimilhança do que foi retratado na denúncia, quanto menos a almejada verdade real buscada pelo processo penal.

Para melhor explicação do assunto, leciona MADEIRA (2003, p. 98/99):

ão depoimento de policiais, principalmente nas ações penais nos crimes de entorpecentes, quando exclusivos, e podendo 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 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, a prova produzida deve ser aceita 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.ö

Deve, portanto, exigir-se a justificativa plausível para que tenha se perdido a chance de se produzir prova material, além da testemunhal, pelos agentes estatais. Não basta ausência de condições tecnológicas, pois essas são possíveis e não realizadas pelo próprio Estado. Há a perda de uma chance para 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.

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 o princípio constitucional da presunção de inocência.

4 CONCLUSÃO

No atual estágio da evolução das ciências humanas, em especial do Direito Processual Penal, nada mais justifica o apego seguro do intérprete à letra da lei, em

detrimento dos valores e princípios constitucionais que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

A consolidação de garantias básicas ao acusado caminha a passos largos, e uma evidência disso é a inovadora aplicação da teoria da perda de uma chance ao processo penal, determinando uma exata correlação ao que determina a Constituição e, conseqüentemente, a mens legis desta, e a contemporânea interpretação da norma e sua aplicação nas ações penais.

A tensão existente entre a presunção de inocência e a prova falha ou insuficiente utilizada suficiente para condenação remete à teoria da perda de uma chance, que com seus devidos contornos ao se adaptar à realidade processual penal, reveste-se de mais um instrumento de concretização da norma constitucional, limitando o poder punitivo do Estado e impedindo que este transborde seus limites de atuação.

O dano, neste ponto, ao acusado, é evidente, uma vez que se está tratando da privação de liberdade, posto isso, no trâmite processual se faz necessário uma real produção de provas para se condenar.

A principal contribuição da aplicabilidade desta inovadora teoria ao processo penal, portanto, é a reafirmação de que é de quem acusa a carga probatória, devendo a condenação exigir certeza.

Neste sentido, o uso da teoria faz com que a presunção de inocência não seja apenas uma matéria decorativa, mas sim uma imposição constitucional que demanda o respeito e o cumprimento por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: volume I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Curso de processo Penal**. Niterói: Editora Impetus, 2013.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, São Paul: Atlas, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo, 1997 apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova do processo penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

LIMA, Alvino. Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem. São Paulo: RT, 2000

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1

MADEIRA, Ronaldo Janus. Da Prova e do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris,, 2003.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. In: Consultor Jurídico, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>>. Acesso em: 14/08/2015

MORTARI, Maurício Fabiano. Juiz aplica, em sentença, a teoria da perda de uma chance. In: Empório do Direito, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-aplica-em-sentenca-a-teoria-da-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em: 14/08/2015

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 2 ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSÁRIO, Gracia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2009

TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 10^a ed. Salvador: Editora Podium, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 21^a ed., 1999. 3^o Vol.