

Aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal: os dois lados da mesma moeda

Amanda Matias C. de Oliveira

Servidora do Ministério Público Federal. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Resumo: A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance ao processo penal surge na doutrina como um debate sobre os limites da atuação jurisdicional. Tal como a sua fonte civilista, busca responsabilizar o agente causador do injusto pela exclusão da chance do acusado de ser absolvido, caso a ação penal fosse instruída pelo Ministério Público com provas coesas e suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade do crime. Com o objetivo de balizar a implementação dessa teoria no processo penal, serão discutidos no presente estudo os contornos essenciais da doutrina da perda de uma chance, seus efeitos e limitações em relação ao réu e ao Estado-Acusador na prática judiciária brasileira.

Palavras-chave: teoria da perda de uma chance; processo penal; garantias fundamentais; limites estatais.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre a teoria da perda de uma chance. 3 Aplicação da teoria ao Direito Processual Penal. 3.1 Pensando a teoria sob a ótica do réu. 3.2 Pensando a teoria sob a ótica do Ministério Público. 4 Considerações finais.

1 Introdução

A teoria da perda de uma chance, introduzida no direito da responsabilidade civil pela doutrina francesa, possui relevantes contribuições à dogmática e à jurisprudência pátria porque propõe a discussão sobre a possibilidade de reparação quando há um universo de incertezas

sobre eventos danosos e sua relação com um nexo de causalidade de difícil configuração.

Para a referida teoria, diante de uma perda real e séria, provocada por ato injusto de terceiro que, de forma culposa ou dolosa, e que interrompe o curso de uma trajetória que poderia ser bem-sucedida, causando dano patrimonial ou moral, deve haver reparação civil pela expectativa não concretizada, a ser calculada por um critério matemático de proporcionalidade que nunca poderá ser igual ao valor total da pretensão originária.

A despeito de sua origem ser datada do final do século XIX, somente em 1991 houve o primeiro registro de sua aplicação na jurisprudência brasileira, com especial destaque para litígios que tratam da responsabilização por erro médico e por má gestão na condução de processos judiciais por advogados.

Diante do relativo sucesso da introdução da teoria no cenário pátrio, não tardou para que vozes isoladas na doutrina começassem a refletir o tema sob a ótica do processo penal. Muito embora a tese ainda não tenha sido amplamente discutida pelas cortes superiores de Justiça brasileiras, já existe significativa produção acadêmica sobre a possibilidade de extensão dos princípios da teoria da perda de uma chance para a seara processual penal, com o objetivo de possibilitar a absolvição do réu pela ineficiência na apuração da verdade pelo Estado-Acusador.

Grande parte do debate é centrada na atuação do Poder Judiciário, que, muitas das vezes, perpetua a condenação de acusados pelas mais diversas variedades de crimes com base num número limitado e insuficiente de provas. Nesse sentido, muitos são os registros de prolação de sentenças condenatórias que apenas reproduzem os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial do procedimento policial, repetindo-se os mesmos termos no sistema acusatório da ação penal.

Isso sem mencionar que, em muitos casos, a única prova produzida é o testemunho da autoridade policial que atuou na situação de flagrante, diante da prevalência da validade do argumento da presunção de veracidade ou legitimidade dos atos por ele praticados. A aplicação do referido atributo do ato administrativo acaba por taxar o relato

policial como algo tão ilibado que sequer pode ser contraposto por outras provas: mesmo quando repetido anos após o evento.

Embora a defesa da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara processual penal tenha ganho espaço na doutrina, não se pode esquecer que sua incorporação na práxis do Judiciário brasileiro também acarreta elevados custos para o Estado, que se estendem desde os gastos operacionais para realizar a diligência instrutória até o incremento de tempo na conclusão das ações penais. Isso tudo num país que possui uma grande população carcerária e uma generalizada crença de impunidade.

Desse modo, diante do cenário desolador de multiplicação de sentenças condenatórias injustas e violadoras das garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, cresce a preocupação com a necessidade de o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal e do ônus *probandi* da acusação, pautar sua atuação pela busca da eficiência.

Em que pese competir ao *Parquet* o dever de proteção da legalidade na apuração da verdade na condução da ação penal, é preciso discutir sobre os reais impactos da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara processual brasileira considerando os dois lados da moeda. Afinal, em que medida a absolvição pela insuficiência ou baixa qualidade das provas apresentadas na instrução probatória pode impactar a promoção de um processo criminal justo, econômico e célere?

Orientado por esse cenário conflituoso, o presente artigo promoverá a análise da teoria da perda de uma chance, apresentando suas principais contribuições de forma sucinta na esfera cível e na penal para, num segundo momento, demonstrar os benefícios e os impactos de sua adoção sob a ótica tanto da defesa quanto do Ministério Público.

Como marcos teóricos serão utilizados artigos e livros que tratam da abordagem da teoria da perda de uma chance, bem como de sua relação com a eficiência no processo penal e com as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência do acusado. No tocante à metodologia, o artigo está estruturado em pesquisa doutrinária, especialmente do campo do processual civil e penal, que aborda a doutrina da perda de uma chance e a possibilidade de sua

aplicação para esse último ramo do Direito com um enfoque de proteção de garantias fundamentais aliada à eficiência do próprio processo.

2 Breves considerações sobre a teoria da perda de uma chance

De fundo civilista, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) remonta à discussão, no direito francês do final do século XIX, sobre a relação entre teorias da causalidade e eventos futuros frustrados. De forma sintética, nasce com a pretensão de aplicação das regras de responsabilidade civil para eventos em que fosse impossível aferir a prova de nexos causal. O nascimento da referida doutrina é creditado à Corte de Cassação francesa que, em 17 de julho de 1889, condenou um oficial ministerial ao pagamento de indenização por impedir a tramitação normal de um processo, o que acarretou a perda da ação pelo autor (ROCHA, 2014).

Anos mais tarde, já em solo inglês, o primeiro caso de aplicação da doutrina francesa ocorreu em 1911, por oportunidade do julgamento do caso *Chaplin v. Hicks*, que discutia a possibilidade de reparação da autora, uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza, por ter sido excluída da competição após ser impedida pelo réu de participar do evento (AMARAL; PONA, 2014, p. 101). À época, a teoria da perda de uma chance foi batizada pelos ingleses como doutrina das possibilidades (BERTONCINI; TORRES, 2015, p. 250). Ao apreciar o feito, o Tribunal de Apelação concluiu que a autora fazia jus à reparação; contudo, considerando o fato de que naquele concurso ela concorreria a doze prêmios distintos, não seria correto ser indenizada pelo valor integral do prêmio, pois só possuía 25% de chances de ganhar um dos prêmios do concurso.

Observam os autores (BERTONCINI; TORRES, 2015, p. 250) que referida doutrina, desenvolvida ao longo do século XX, foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1991 como razão de decidir para condenar advogado que, a despeito de verificar que os autos judiciais haviam sido extraviados, não solicitou a reconstituição do processo físico nem notificou a cliente do evento, o que justificou sua condenação por provocar a perda de uma chance da vítima de obter a prestação jurisdicional favorável.

A despeito do pioneirismo da medida, referida teoria, ainda restrita ao campo do direito civil, somente ganhou popularidade no âmbito nacional em razão do julgamento promovido pelo Superior Tribunal de Justiça no caso de candidata que deixou de concorrer à última pergunta do programa televisivo "Show do Milhão". Conforme noticiado nos autos (BRASIL, 2005), após o episódio, restou verificado que todas as alternativas apresentadas na questão impugnada do programa televisivo de perguntas e respostas estavam incorretas, o que inviabilizaria o sucesso da empreitada, caso a participante ousasse responder à pergunta final do show. Naquela oportunidade, concluiu o Superior Tribunal de Justiça pelo provimento do Recurso Especial n. 788.459/BA (BRASIL, 2005) para reparar a recorrente em um percentual proporcional ao dano por ela suportado, qual seja, a perda da probabilidade de se tornar milionária.

Dessa forma, considerando a possibilidade de continuidade do erro ou de desistência do seguimento do concurso pela participante mesmo se houvesse uma alternativa correta à pergunta, concluiu o Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da teoria da perda de uma chance, atento à probabilidade matemática de êxito, mas não de certeza do ganho da competição.

Sem a pretensão de esgotamento da matéria, de forma sintética, a chance perdida deve ser considerada como uma oportunidade que deixou de acontecer por ter sido interrompida por um fato antijurídico provocado por terceiro (ROSA; RUDOLFO, 2017). Essa modalidade autônoma de responsabilidade civil, ora vista como espécie de lucros cessantes, danos emergentes, danos morais ou, no caso de dano patrimonial, como um *tertium genus* entre lucros cessantes e danos emergentes (LANA; FIÚZA, 2018, p. 336), teve a natureza jurídica reconhecida em 2011 pela "V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal" (CJF, 2012, p. 180) tanto como dano patrimonial quanto moral, a depender do caso concreto, nos termos do enunciado n. 444:

Art. 927. 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.

De forma sucinta, Fernandes e Stefanoni (2019, p. 8) destacam que da parte prejudicada os seguintes requisitos devem ser atendidos: a) haver chance séria e real; b) comprovar-se a existência do prejuízo; c) existir nexos causal do ato perpetrado pelo agente, seja culposos ou dolosos.

Diferentemente da oportunidade frustrada, pontuam Amaral e Pona (2014, p. 105) que, muito embora a vítima não tenha certeza do sucesso de sua demanda, o dano por ela suportado, causado pela interrupção de curso, é considerado real e atual. Dessa forma, diante da experiência da perda da probabilidade de que algo benéfico aconteça ou de que um dano possa ser impedido, essa sensação de certeza deve ser passível de reparação por um critério matemático proporcional à lesão suportada pelo agente, que nunca poderá cobrir 100% da pretensão futura.

Rosa e Rudolfo (2017, p. 460) observam que a teoria possui natureza dualista, pois trabalha ao mesmo tempo com um dado certo (fato antijurídico que interrompeu o processo) e outro incerto (incapacidade do ser humano de garantir, de forma plena, que o ganho não seria alcançado, caso o fato antijurídico não tivesse sido alcançado).

3 Aplicação da teoria ao Direito Processual Penal

Muito embora a doutrina da teoria da perda de uma chance tenha sido criada com o objetivo de aperfeiçoar os contornos da responsabilidade civil, cresce no âmbito acadêmico e jurisprudencial a discussão sobre a possibilidade de extensão de sua aplicação também para a seara do processo penal.

O mote principal dessa pretensão decorre da análise da atual disparidade de forças entre as partes no processo penal, geradora, muitas vezes, de condenações penais com base em provas mínimas de acusação, quase sempre oriundas de depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante, dada a presunção de fé pública de suas ações.

De outro lado, verifica-se que o avanço da tecnologia permite que o Estado-Acusador seja guarnecido por uma infinidade de meios de prova, hábeis a auxiliar na instrução dos inquéritos policiais e consequentes ações penais e que permitiriam a solução dos feitos da forma mais completa possível, diminuindo as chances de futura anulação em sede recursal.

Sob outro viés, toda essa variedade de provas também causa impactos à atuação do Estado, uma vez que requer custos e disponibilidade dos servidores públicos, que seriam ainda mais demandados para que os autos fossem instruídos com provas externas do local do crime e com perícias em aparelhos informáticos que dependem de recursos econômicos e de aumento da contratação de peritos. Isso sem mencionar os prejuízos decorrentes do alongamento da instrução processual, tanto para o réu enclausurado quanto para a sociedade, que tende a incrementar a crença de que a justiça tarda e falha.

3.1 Pensando a teoria sob a ótica do réu

Nos termos do art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, a todos os litigantes em processo judicial e administrativo serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, com a expressa ressalva dos “meios e recursos a ele inerentes”, bem como o resguardo da presunção de inocência do acusado até que seja prolatada sentença condenatória transitada em julgado.

Referidos limites são considerados de suma importância num processo penal acusatório, de modo a permitir que o indivíduo conheça de forma adequada os fatos a ele imputados e possa apresentar defesa às imputações a ele apontadas, possibilitando que arbitrariedades estatais deixem de acontecer.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que, muito embora sejam usualmente utilizadas como uma expressão única ou como sinônimos, as garantias do contraditório e da ampla defesa possuem conceitos diversos, ainda que complementares.

Sob a ótica dialética do processo, o contraditório, relacionado ao princípio do *audiatur et altera pars*, é apresentado por Aury Lopes Jr. como um “método de confrontação da prova e comprovação da verdade” (2021, p. 39) que possibilita que tanto a defesa quanto a acusação tenham a faculdade de contar de forma isonômica sua versão sobre os fatos à autoridade julgadora.

Complementa Badaró (2020) que a percepção do contraditório deve ser pensada tanto sob o viés da informação – hábil a permitir que

ambas as partes tenham ciência do que originou o processo e dos atos que lhe instruem – quanto sob a ótica da reação, que permita a defesa propriamente dita. Ressalva o autor que um contraditório efetivo não se concretiza com uma reação protocolar, mas demanda o estímulo à participação em condições de igualdade e de intensidade.

E, nessa perspectiva de atuação eficiente e ativa, o contraditório pode ser visto como um importante componente para a defesa da teoria da perda de uma chance no processo penal. Isso porque é de conhecimento público que, num país com alta concentração de renda como o Brasil, boa parte da população carcerária não possui recursos para arcar com a constituição de um advogado que venha a desempenhar sua defesa técnica de forma adequada.

Dessa forma, por uma questão lógica, é possível asseverar que, a despeito da qualidade técnica dos serviços desempenhados pela Defensoria Pública, a elevada quantidade de demandas dificulta que o contraditório da ação penal, quando empreendido por defensor estatal ou por advogados dativos nomeados pelo juízo – estes últimos atuando por diversas vezes de forma desinteressada –, seja exercido em pé de igualdade com o Estado-Acusador.

Destaque-se, ademais, que até agora só foi discutida a questão da instrução probatória ao longo da ação penal, pois, como alertam Aury Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 468), o contraditório na fase pré-processual não é pleno e somente é exercido sob o viés do direito à informação, uma vez que a relação jurídico-processual somente será formada após o fim do inquérito policial.

Deve ser registrado que, a despeito da garantia da presença do contraditório na fase processual, muitas das vezes, os acusados, já na condição de réus da ação penal, são condenados com base apenas num conjunto mínimo de elementos de informação produzidos ainda na fase inquisitorial do procedimento policial, o que demonstra que o contraditório talvez não seja tão efetivo na fase posterior ao inquérito policial.

Acerca da pluralidade de condenações proferidas com base apenas em uma fonte probatória, pesquisa empreendida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre as sentenças condenatórias por tráfico de entorpecentes na capital desse estado e na respectiva região

metropolitana, proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, identificou que o exercício do contraditório não demonstra que o viés do direito à reação esteja sendo exercido na prática.

Como relatado,

[e]m 62,33% dos casos, o agente de segurança foi a única testemunha ouvida no processo e, em 53,79% dos casos, o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão [...]. (DPRJ, 2018, p. 65).

Alerte-se que, entre os casos analisados, 50,39% dos sentenciados estavam sozinhos no momento do flagrante, o que permite aferir que as provas externas tendem a ser produzidas apenas sob o enfoque das autoridades policiais presentes no momento.

Sobre o tema, Rosa e Rudolfo concluem que referida postura implica o reconhecimento de que “não se possui mais nada a fazer no processo em contraditório. Confirma-se o que se disse no flagrante ou no inquérito policial [...]” (ROSA; RUDOLFO, 2017, p. 462). Para os autores, portanto, a aplicação da teoria da perda de uma chance constitui importante caminho para beneficiar o réu que deixou de ter a possibilidade de absolvição aventada pelo Estado-Juiz porque o órgão acusador não foi hábil o suficiente para requisitar todas as provas disponíveis na oportunidade.

Retomando o tema sob o enfoque da tutela constitucional, facultase ao réu, pela garantia da ampla defesa, que se posicione no processo, exercendo o direito ao silêncio quando lhe convier, para evitar a autoincriminação (princípio do *nemo tenetur se detegere*), e que se defenda das acusações que lhe forem imputadas de forma ativa por meio de advogado ou, por fim, pela estratégia da autodefesa.

Assim como já debatido em relação ao contraditório, a deficiência da coleta de provas existentes ou passíveis de serem arrecadadas em tempo hábil, quando ainda restarem vestígios, causa graves prejuízos à ampla defesa do acusado. Exemplo disso são as imagens de câmeras de segurança, registros de catracas, dados digitais armazenados de forma temporária por provedores de internet e por aplicativos – passíveis de descarte após o cumprimento do prazo prescrito no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) –, dados de localização de veículos e aparelhos de telefonia móvel e até mesmo exames periciais de

toda sorte que deixam de ser possíveis de serem coletados ou realizados com o passar do tempo.

Noutro enfoque, como ressaltado por Silva (2018, p. 24), é possível asseverar que o indeferimento de provas postuladas pela defesa também justifica a incidência da teoria da perda de uma chance, pois retira do alcance do réu e de sua defesa técnica a obtenção de provas que autorizem a absolvição. Nesse ponto, observa Carvalho (2016) que, a despeito da necessidade de resguardo das garantias de defesa do acusado, os requerimentos de produção de prova formulados pela defesa são frequentemente apreciados pelo Poder Judiciário de forma parcial e preconceituosa. Isso porque, por força do art. 155 do Código de Processo Penal, o magistrado utiliza a carta do livre convencimento motivado para indeferir os pleitos defensivos, embora comumente defira os requerimentos formulados pelo Ministério Público.

Dessa forma, aponta o autor que, a fim de que se evite a absolvição do réu pela perda da chance de produção de prova que o beneficie, deve o magistrado atentar-se para que, quanto mais frágeis as provas colacionadas aos autos, maior será a necessidade de se deferir o pleito, de modo a propiciar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Complemente-se que, além das garantias acima enumeradas, um dos pontos apresentados pela doutrina como argumento favorável à adoção da teoria em apreço reside na presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e que garante que ninguém será culpado até a prolação de sentença penal condenatória.

Observa Badaró (2020) que a presunção de inocência possui três significados distintos: a) garantia política; b) regra de tratamento; c) regra probatória. O primeiro deles, reconhecido pelo autor como o principal aspecto do princípio, define um valor do Estado, que assume como importante a garantia de liberdade do indivíduo contra o interesse coletivo de punir os criminosos, assegurando que permaneça livre enquanto não houver decisão plena sobre a autoria e a materialidade delitiva. Além do valor ideológico, a presunção de inocência como garantia política também pode ser visualizada sob a perspectiva técnico-jurídica, como regra de julgamento que autoriza a absolvição do indivíduo quando não houver prova plena de sua responsabilidade, justificando a aplicação do brocardo do *in dubio pro reo*.

Como regra de tratamento, acrescenta o autor que referida presunção destina-se à tentativa de não considerar como culpado o acusado antes do termo final da garantia, tanto para fins de decretação de prisão cautelar ao longo da persecução penal quanto para impossibilitar a execução antecipada da pena.

Acerca do viés ideológico do instituto, Lopes Jr. (2021, p. 38) observa que referida opção do constituinte representa uma preferência pela civilidade, pois permite que, em prol da coletividade, haja uma escolha pela defesa cega do indivíduo, sendo às vezes necessário pagar-se o preço pela impunidade de alguns dos réus presumidamente considerados inocentes.

E complementa que a presunção de inocência, sob a perspectiva da regra de tratamento, deve ser apreciada sob duas dimensões diferentes. A interna é direcionada ao Estado-Julgador, que deverá partir do pressuposto de que o réu é inocente – e por isso não precisa provar nada, razão pela qual o ônus probatório é transferido ao Estado-Acusador –, bem como absolver quando houver dúvidas sobre sua responsabilidade penal e não promover prisões cautelares desnecessárias.

Na perspectiva externa, busca resguardar a imagem, a dignidade e a privacidade do réu contra a “publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu [...]” (LOPES JR., 2021, p. 39). Desse modo, a proteção do indivíduo é pensada sob a perspectiva de resguardo da personalidade contra uma condução de processo que possa ser mais gravosa do que a própria condenação, sem falar nas hipóteses de estigmatização do réu, de sua família e do local de seu trabalho, caso seja absolvido ao cabo da ação penal.

Partindo do pressuposto de que o acusado deve ser considerado e tratado como inocente, é preciso refletir acerca do impacto, sobre o instituto da presunção de inocência, da proliferação de sentenças condenatórias que utilizam apenas os depoimentos de policiais como prova para demonstrar a autoria e a materialidade delitiva. Isso porque a inércia do Estado-Acusador em arrecadar as provas necessárias para justificar a acusação contida na denúncia ministerial impacta tanto na visão da presunção de inocência como regra de tratamento quanto na dimensão interna, pois o ônus probatório de buscar novos elementos probatórios não é exercido.

Observam Bertoncini e Torres (2015, p. 258-259) que a mentalidade inquisitorial do Poder Judiciário, a popularização da análise da culpabilidade do agente em razão do histórico criminal e a presunção de veracidade dos atos praticados pela autoridade policial são argumentos que amparam a proliferação de condenações por meio de provas superficiais.

Ocorre que, em um mundo cada vez mais conectado por diferentes espécies de tecnologia, não parece ser coerente que nem a polícia, em sede de inquérito policial, nem o Ministério Público, ao longo da instrução processual, sequer desconfiem da existência de outras fontes de provas que amparem a acusação ministerial.

Sobre a inércia da atuação do Estado-Acusador, apta a justificar a incidência da teoria da perda de uma chance quando todas as provas factíveis de serem coletadas não o são de forma injustificada, pontuam Rosa e Rudolfo (2017, p. 463):

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 coerências de todas as provas.

Com efeito, dentro de um grande universo de possibilidades de provas eletrônicas, como filmagens de câmeras de segurança em vias públicas, registros de geolocalização de veículos, imagens oficialmente gravadas pela autoridade policial durante as operações e dados digitais passíveis de serem extraídos de aparelhos celulares, instruir uma ação penal apenas com relatos policiais repetidos na instrução processual não parece ser uma estratégia pró-presunção de inocência.

É claro que não se pode desprezar que a indicação de diferentes provas a serem produzidas ao longo da persecução penal possui um custo elevado para o Estado; contudo, nesse juízo de ponderação, não se deve menosprezar que é função do órgão acusador produzir provas hábeis

a sustentar a condenação do investigado/réu, presumidamente inocente, até que se prove o contrário.

Observa Di Pietro (2022, p. 237) que a presunção de veracidade, atributo do ato administrativo que não se confunde com a presunção de legitimidade, tem como objetivo assegurar que os fatos atestados pela Administração são presumidamente verdadeiros. Aponta a autora que derivam do referido atributo os seguintes efeitos: os atos estatais gozam de presunção relativa (*iuris tantum*), não podem ter sua validade contestada de ofício pelo Poder Judiciário e ostentam a prerrogativa da inversão do ônus probatório.

Complementa Carvalho Filho que a explicação pela qual os atos praticados pelos agentes públicos merecem ser resguardados por medidas adicionais como a presunção de veracidade “reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger [...]” (2020, p. 150).

Em que pese à importância do referido atributo do ato administrativo, assegurada tanto pela doutrina como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, forçoso reconhecer que a condenação do investigado com base apenas na palavra do agente estatal significa “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 [...]” (ROSA; RUDOLFO, 2017, p. 465).

Em prol da aplicação da teoria da perda de uma chance na hipótese sob exame, defendem Bertoncini e Torres (2015, p. 260) que a inércia do Estado, responsável pelo ônus probatório na esfera penal, somente pode ser isenta de responsabilidade quando houver justificativa aceitável, a ser explicada de acordo com o caso concreto. Nas hipóteses em que for possível a coleta de outras provas, numa lógica de factibilidade e razoabilidade, é possível ponderar que as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência podem justificar a absolvição do réu pela perda de uma chance real de defesa efetiva.

Sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance como instrumento de eficácia do processo penal, há recente paradigma da 5^a

Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. A despeito da restrição das informações veiculadas pela Corte Superior de Justiça, própria da natureza sigilosa dos procedimentos de apuração de atos infracionais descritos na Lei n. 8.069/90, concluiu a referida turma, com apoio expresso da referida doutrina, pela absolvição de adolescente acusado de ato infracional análogo ao delito de homicídio tentado (BRASIL, 2022).

Na oportunidade, constatou o ministro Ribeiro Dantas, relator do processo, ser impossível manter a condenação do menor com base apenas em testemunhos indiretos, quando havia nos autos testemunhas oculares do crime que deixaram de ser ouvidas, por serem pessoas em situação de rua, sem ter havido prova de qualquer tentativa de sua localização. Em prol da prevalência da prova testemunhal indireta, descartou-se também, sem qualquer justificativa, a colheita da versão das pessoas diretamente envolvidas no conflito e até a determinação de realização de exame de corpo de delito na vítima (BRASIL, 2022).

Ao alertar para a fragilidade da investigação, concluiu o ministro relator que, sempre que houver provas possíveis e essenciais para o esclarecimento dos fatos, passíveis, em tese, de absolver o agente ou confirmar a narrativa acusatória, e estas deixarem de serem produzidas pela acusação por omissão injustificada, "a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes" (BRASIL, 2022).

Ainda que se trate de precedente isolado, forçoso reconhecer a importância da decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça para a correção do sistema acusatório brasileiro. Deve ser dado especial destaque à delimitação da atuação da teoria da perda de uma chance na esfera penal à existência de provas possíveis e essenciais para o esclarecimento de fatos úteis – passíveis de garantir, em tese, a absolvição ou, ao menos, embasar a narrativa acusatória, retirando da defesa o ônus exclusivo de demonstrar sua inocência em toda situação possível.

3.2 Pensando a teoria sob a ótica do Ministério Público

No sistema processual penal brasileiro, compete ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, nos termos do

art. 129 da Constituição Federal, o exercício da pretensão acusatória. Referida atribuição demonstra a preferência do Poder Constituinte pela escolha de um sistema penal acusatório que dissocia de forma expressa as funções de acusar e de julgar.

Como observado por Souza (2018, p. 97), no exercício do *munus* público de guardião do Estado Democrático, o *Parquet* também é responsável pelo controle da legalidade, competindo-lhe o dever de tutelar o direito dos demais participantes da ação penal. Assim, independentemente de convicções pessoais, o membro do Ministério Público deve sempre primar pela proteção do Estado Democrático de Direito na condução dos processos, razão pela qual, no exercício dessa função, seria incompatível com a postura de guardião da ordem jurídica admitir a prolação de uma "sentença condenatória iníqua e injusta [...]" (SOUZA, 2018, p. 97).

Assim, para o autor, diante da limitação constitucional, o Ministério Público sequer poderia ser considerado como um "acusador profissional [...]" (SOUZA, 2018, p. 97), pois, nos casos em que houver prova concreta da inocência do réu ou quando incidente o primado do *in dubio pro reo*, deve o membro do Ministério Público propor a absolvição, independentemente do trabalho envolvido e dos custos decorrentes da apuração da verdade na condução da ação penal.

Mesmo que não seja um "acusador profissional", forçoso reconhecer que o Ministério Público, tanto na esfera estadual quanto federal, conta com o apoio de estrutura administrativa que permite a coleta de insumos importantes para a elucidação das provas das alegações, na forma do art. 156 do Código de Processo Penal.

E, para que alcance esse ideal de sentença justa com base em provas contundentes, é importante que o Ministério Público, ao formar a *opinio delicti*, esteja atento aos tempos atuais, à pluralidade de novos meios de prova que surgem e se consolidam como eficazes, além da condução do processo penal com base no ideal de eficiência.

A título exemplificativo, posto como indicativo de maior eficiência probatória, o pleno acesso aos dados contidos no aparelho celular pela autoridade policial revela dois diferentes aspectos da política da persecução penal: o da busca de um processo rápido, que combata a

impunidade e, de outro lado, o da proteção do investigado contra a força probante do Estado-Acusador.

Sob o primeiro viés, é notório que o Estado brasileiro cada vez mais se preocupa com a criminalização de condutas e com a busca de um processo penal célere e eficiente. Guardadas algumas garantias constitucionais, legais e convencionais destinadas ao investigado/réu, prevalece no País o interesse de combate à impunidade por meio da crença de um processo célere, voltado ao encarceramento de boa parte dos investigados.

Influenciado pelo princípio da eficiência, norte da atuação da Administração Pública, formalmente reconhecido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a lógica de sua aplicação na seara processual penal é pensar numa ação célere e econômica, que atenda os interesses da coletividade, ainda que mediante a flexibilização de garantias fundamentais. Nesse sentido, resumem Rosa e Marcellino Jr. (2012, p. 24 *apud* MENDES; OLIVEIRA, 2019, p. 72):

A ação eficiente transforma um Juiz em um servidor público formato Eichmann que, influenciado pela melhor alocação de riquezas em sociedade, aliada ao método custo-benefício para as relações humanas, se submete aos princípios da economia, subvertendo-se, ou melhor, abstendo-se da posição de garante.

Nessa perspectiva econômica, deve ainda ser ressaltado que a busca de um processo penal eficiente, aliada ao respeito de garantias individuais, implica custos a serem suportados pelo Estado, provocados pelo órgão ministerial por meio da indicação das provas a serem realizadas no curso da ação penal.

Dessa forma, a proposta de uma instrução processual em que todos os meios de prova possíveis sejam requeridos pelo *Parquet*, para que se evite ao final do processo uma condenação injusta, também possui impactos negativos, quais sejam: elevado custo para a execução de diligências e excesso de prazo para a conclusão do feito. Nesse paradigma, a aplicação da teoria da perda de uma chance, que demanda a busca do incremento de diligências probatórias para que as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência sejam resguardadas, também possui reflexos negativos.

Portanto, no conflito entre a desejada busca da verdade real e a necessidade de respeito a garantias fundamentais para o Estado Democrático de Direito, é preciso, como mencionado, pensar que a proposta de extensão da referida doutrina civilista para a seara processual penal pode causar efeitos indesejados, tais como a majoração do custo do processo para os cofres públicos e o aumento (ainda maior) do lapso da instrução processual.

Prova disso é a pesquisa promovida pelo Conselho Nacional de Justiça apresentada no relatório “Justiça em Números 2020: ano-base 2019”, que demonstra que no ano de 2019 o Poder Judiciário recebeu 2,4 milhões de novas ações penais, com casos pendentes que ultrapassam 2,5 vezes a demanda e com prazos de duração de, em média, 1 ano e 3 meses a mais do que os processos cíveis (CNJ, 2020, p. 192-194).

Além da demora na conclusão dos feitos criminais, a possibilidade de absolvição por causa do não esgotamento de todas as provas possíveis de serem catalogadas esbarra também na dificuldade prática de coletar certas informações. Exemplo disso são as investigações que tratam de crimes praticados por milícias, grandes organizações criminosas compostas por pessoas que detêm muito poder na sociedade ou que são reconhecidas por sua alta periculosidade e que, de uma forma geral, representam risco às testemunhas, que se furtam ao compromisso de testemunhar em juízo em razão do medo de perder a vida. Esse receio, inclusive, reforça o poder da prova oriunda de relato de autoridade policial, que conta com o respaldo do Estado para garantir que seu contingente de funcionários disponha de um mínimo de apoio técnico para depor em juízo por meio de medidas assecuratórias de sua integridade, ainda que esse suporte seja requerido por força da interferência das associações classistas.

Outro ponto que depõe contra a aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal é o próprio risco de que o excesso de diligências, muitas vezes consideradas desnecessárias, alongue de forma desproporcional a investigação, acarretando o arquivamento do feito e agravando a visão da sociedade sobre a eficácia da persecução penal.

De forma exemplificativa, cita-se estudo promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União sobre o decurso do tempo de investigação

dos inquéritos policiais promovidos para apurar crimes federais e a proposição de ações penais. Como demonstrado pela pesquisa,

percebe-se que, até três anos (1.095 dias), o percentual de denúncias é ligeiramente superior ao de arquivamentos. Com duração de três anos e meio, há percentual igual de denúncias e arquivamentos. A partir desse patamar, há maior quantidade de arquivamentos [...]. (ESMPU, 2016, p. 222).

Com base nas informações advindas da referida pesquisa, é possível inferir que, ao menos no campo dos crimes federais, o prolongamento do inquérito policial ao longo do tempo (no caso, a partir de três anos) diminuiu progressivamente a possibilidade de apresentação de denúncia pelo Ministério Público Federal.

Partindo-se do pressuposto de que a prorrogação do prazo para conclusão do procedimento inquisitorial decorre da necessidade de melhor instrução do feito, que demanda tempo, pode-se concluir, numa primeira análise, que a realização de um maior número de provas pode interferir diretamente no sucesso da continuidade da ação penal.

Conclui-se, por fim, que, sob a ótica do titular da ação penal, a apuração dos indícios de autoria e materialidade, para fins de propositura de futura ação penal, deve obedecer aos ditames da legalidade e primar pela eficiência do conseqüente processo penal. Assim, havendo provas razoáveis de que os fatos delituosos são passíveis de apuração em sede de ação penal, a absolvição com base na adoção da teoria da perda de uma chance não parece ser a melhor saída sob a ótica da sociedade, dados os elevados custos que uma instrução o mais completa possível possa demandar.

4 Considerações finais

Por todo o exposto, é preciso concluir que a teoria da perda de uma chance, ainda que apresente resultados positivos no âmbito do processo civil – permitindo que aqueles que tiveram suas expectativas frustradas em um processo aleatório por ato antijurídico sejam reparados de forma proporcional –, deve ter sua possibilidade de aplicação na seara processual penal discutida com cautela.

Para esse exercício de parametrização, é preciso ter em mente que o atual panorama das ações penais julgadas no País demonstra que nem sempre a instrução probatória é realizada com respeito às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. Prova disso é a pesquisa promovida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que demonstra que, em 62,33% dos processos apreciados sobre tráfico de entorpecentes, a autoridade policial é a única prova testemunhal da ação penal e que, em 53,79% das hipóteses, este mesmo testemunho da autoridade é responsável por auxiliar o magistrado a proferir sua decisão terminativa.

Credita-se essa escolha do Juízo a dois fatores importantes: a presunção de veracidade dos atos praticados pela autoridade policial responsável pela arrecadação da prova e a deficiência na instrução tanto do inquérito policial quanto da ação penal. Ocorre que, no atual estágio de evolução tecnológica da sociedade, admitir que a acusação seja promovida com base apenas numa prova de fácil indicação e factível de produção sem grandes esforços significa compactuar com a desídia estatal e a não preocupação com a tentativa de apurar a verdade real dos fatos.

Além disso, essa postura é também objeto de crítica porque reforça o argumento de que provas de origem estatal e que gozam da presunção de veracidade bastam para sustentar a condenação do indivíduo, bem como que, diante de sua presença, a contraprova desses elementos seria difícil de ser implementada, pois seria necessário afastar a fé pública da palavra do agente.

Outra preocupação oriunda dessa postura é a possibilidade de perecimento de outros elementos de informação já na fase do inquérito policial, uma vez que o decurso do tempo poderá acompanhar o apagamento de dados importantes para a elucidação dos fatos criminosos, que seriam facilmente colhidos no momento da execução do crime ou que, diante da expertise dos investigadores, seriam factíveis de serem indicados para a futura coleta.

Com a escolha desse proceder, o Estado retira do acusado uma chance real e séria de ter conhecimento de prova que, no futuro, poderia ser responsável por sua absolvição ou mesmo por demonstrar a forma

tentada do delito, a participação de menor importância na conduta delitativa, além de outras possibilidades de redução da futura dosimetria da reprimenda, caso condenado. Dessa forma, ao deixar de requisitar a coleta de prova factível – ou, nas palavras do ministro Ribeiro Dantas, possível e essencial –, o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública e dono do ônus de acusar, pratica o ato antijurídico que retira do réu a possibilidade de obter uma situação mais favorável ao cabo do processo.

Por outro lado, a suposta desídia do *Parquet*, por mais que diminua as chances de absolvição do acusado, objetivo-mor da aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, pode decorrer de questões práticas e mais alinhadas com a proposta de condução de um processo penal pautado pelo princípio da eficiência.

Nesse sentido, forçoso reconhecer que a proposta de esgotamento de todas as fontes de provas admitidas em direito pode não ser benéfica, seja porque o Estado não dispõe de recursos para a colheita de provas em demasia, seja porque os membros do Ministério Público gozam da garantia da independência funcional e podem decidir, de forma fundamentada, que certas fontes não são adequadas para alcançar a estratégia da acusação no jogo processual.

Em outra perspectiva, a proposta de um processo penal instruído com um número excessivo de provas, por mais que atenda às garantias do art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, pode acarretar sérios prejuízos à continuidade da busca da elucidação dos fatos criminosos. Isso porque, estatisticamente, o aumento da demora para a conclusão do inquérito policial e da ação penal respectiva faz transparecer para a sociedade um senso de impunidade e de ineficiência da persecução penal, quando não impossibilita a própria formação da *opinio delicti* pela prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, diante de todas as justificativas acima declinadas, é possível concluir que a adoção da teoria da perda de uma chance no processo penal é factível e já encontra defensores em decisões judiciais isoladas, como demonstrado na decisão absolutória promovida recentemente pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a defesa das garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção

de inocência deve ser promovida no campo do Direito Processual Penal com duplo enfoque.

Sob a perspectiva do réu, é possível justificar a aplicação da doutrina em tela nos casos em que o Estado não apresente justificativa razoável para a instrução adequada da investigação criminal ou do processo: atendo-se às peculiaridades do caso concreto e ao atual estágio da tecnologia.

Referida ponderação, todavia, não deslegitima o afastamento das hipóteses de absolvição pela perda de uma chance quando se verificar de forma fundamentada que o excesso de diligências possa trazer graves prejuízos à conclusão das investigações, dados os custos e o risco de que a demora na finalização do feito implique um processo ineficaz.

Ao final, a escolha competirá ao Poder Judiciário, apto a pesar os prós e contras da insuficiência e do excesso de instrução probatória em cada caso concreto, sob o enfoque de um juízo de proporcionalidade que propicie uma escolha mais próxima possível do ideal de justiça equitativa.

Referências

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **Scientia Juris**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; TORRES, Rafael Lima. **Direito processual penal e a teoria da perda de uma chance**: aplicação da teoria na apreciação das provas. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI-UFMPG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Quinta Turma aplica teoria da perda da chance e absolve menor acusado com base em testemunhos**

indiretos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/01022022-Quinta-Turma-aplica-teoria-da-perda-da-chance-e-absolver-menor-acusado-com-base-em-testemunhos-indiretos.aspx>. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial n. 788.459/BA.** Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 8 de novembro de 2005.

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. Precisamos falar sobre a teoria da perda de uma chance no processo penal. **Empório do Direito**, 18 mar. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23424130/Precisamos_falar_sobre_a_Teoria_da_Perda_de_uma_Chance_no_Processo_Penal. Acesso em: 8 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (Versão e-book).

CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil.** Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (org.). Brasília: CJF, 2012.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020:** ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DPRJ – DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Brasília: Ministério da Justiça, 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

ESMPU – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina (org.). **A investigação e a persecução penal da corrupção dos delitos econômicos:** uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016. Tomo I.

FERNANDES, Grazielle Bortolato; STEFANONI, Luciana Renata Rondina. Teoria da perda de uma chance. **Revista FUNEC Científica – Multidisciplinar**, São Paulo, v. 8, n. 10, p. 1-11, jan./dez. 2019.

LANA, Henrique Avelino; FIÚZA, César Augusto de Castro. A responsabilidade pela perda de uma chance: reflexões sobre a natureza jurídica que ainda prevalecem. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 330-348, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 20, ano 13, n. 1, p. 55-81, jan./abr. 2019.

ROCHA, Nuno Santos. **A “perda de uma chance” como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

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

SILVA, Franciele da. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao processo penal**. 2018. 74 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.