

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

MARIA CLARA MACHADO BONADIMAN

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO
PENAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

VITÓRIA
2022

MARIA CLARA MACHADO BONADIMAN

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO
PROCESSO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Anderson Burke Gomes.

VITÓRIA

2022

RESUMO

O presente trabalho possui o intuito de estudar a teoria da perda de uma chance, abordando inicialmente sua origem histórica e sua evolução no ordenamento jurídico. Nessa linha, a teoria da perda de uma chance foi aplicada no direito civil, especificamente no campo da responsabilidade civil, relacionando-a com a perda de uma chance futura, sendo que a chance perdida deve ser séria e real, dentro de um juízo de probabilidade e não mera possibilidade. Posteriormente, teoria da perda de uma chance foi invocada no processo penal, no âmbito da produção de provas, ou seja, quando o Estado - como parte acusatória, representado pelo Ministério Público - tem o dever de produzir provas pertinentes e relevantes para a elucidação do caso concreto, mas não o faz, constatando assim, que a absolvição é a medida que deve ser imposta nesses casos. A partir disso, verifica-se que a teoria da perda de uma chance probatória funciona como um instrumento de defesa do réu, na medida em que diante da ausência de provas suficientes a ensejar a condenação do acusado, bem como pelo fato de que o acusado está protegido pelo manto da presunção de inocência, a absolvição se revela como medida mais adequada e justa. Portanto, evidencia-se a teoria da perda de uma chance como forma de solução processual. Por fim, sob um olhar sociológico, no qual, majoritariamente, os acusados são indivíduos marginalizados pela sociedade e não possuem defesa técnica hábil, verifica-se que a teoria da perda de uma chance funciona como um meio de solução processual justo na medida em que o acusado, parte vulnerável do processo, possui um mecanismo de defesa perante o poder estatal e uma possível condenação temerária, fundamentada em indícios de autoria e provas de materialidade insuficientes.

Palavras-chave: teoria da perda de uma chance probatória; responsabilidade civil; ônus probatório no processo penal; presunção de inocência; direitos e garantias fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	06
1.1 FRANÇA.....	06
1.2 ITÁLIA.....	07
1.3 ESTADOS UNIDOS.....	08
1.4 BRASIL.....	09
2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO CIVIL	11
2.1 APLICABILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO CIVIL E O JUÍZO DE PROBABILIDADE.....	12
3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL	19
3.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	19
3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	21
3.2.1 A teoria da perda de uma chance probatória X Hearsay Testimony	30
4 A TEORIA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	35
5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO FORMA DE SOLUÇÃO PROCESSUAL	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a abordagem da teoria da perda de uma chance probatória no processo penal sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência.

A escolha do tema se deu em razão do assunto ser considerado uma inovação na seara penal. O ordenamento jurídico brasileiro invocou a teoria da perda de uma chance, *prima facie*, no âmbito da responsabilidade civil, relacionando-a com a perda de uma chance futura. Trata-se de um juízo de probabilidade de um evento desejado, e não uma mera possibilidade.

Em que pese a carência jurisprudencial e doutrinária, o tema tem sido objeto de diversas discussões, ganhando espaço nos tribunais, que passaram a aplicar a teoria da perda de uma chance probatória no direito processual penal.

Compreende-se que, na seara penal, a referida teoria possui a finalidade de evitar a punição excessiva do Estado, ou seja, de um julgamento baseado somente nos elementos e meios de prova que já se encontram disponíveis.

O dever do Estado é produzir todas as provas que estejam a seu alcance, haja vista que toda prova é necessária e indispensável para a realização de um julgamento justo e pautado na certeza. Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada no processo penal quando o Estado, como parte acusatória - representado pelo Ministério Público - tem o dever de produzir provas e não o faz, perdendo a chance - a oportunidade - de um julgamento com base na certeza, elemento essencial para o juízo condenatório.

Nessa linha, o presente trabalho visa compreender as particularidades da teoria da perda de uma chance. No primeiro capítulo será abordado o país de origem da teoria e, posteriormente, a expansão pelos demais países do mundo, inclusive, no Brasil. Ainda, apresentar-se-á um caso em que a teoria foi aplicada e como os países a idealizam.

No segundo capítulo será evidenciado a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito civil, abordando aspectos gerais da responsabilidade civil, como a aplicação da teoria neste instituto e o juízo de probabilidade a fim de obter uma compreensão coerente e adequada do presente estudo.

No terceiro capítulo será abordada a teoria da perda de uma chance no processo penal, no campo probatório. A partir disso, será analisado o ônus da prova no processo penal, bem como realizar-se-á uma análise jurisprudencial, isto é, analisar o entendimento dos Tribunais na aplicação da teoria, demonstrando as divergências presentes em cada caso.

No quarto capítulo será respondido o problema que gerou a discussão no presente trabalho, abordando a relação entre a teoria da perda de uma chance probatória sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência, evidenciando as possíveis violações e inobservância do referido princípio.

Por fim, no quinto e último capítulo será demonstrado a aplicação da teoria da perda de uma chance como forma de solução processual, haja vista que impede que o réu seja prejudicado em face da inércia do poder estatal e da parte acusatória na produção de provas para a elucidação do caso concreto.

1 ORIGEM DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A aplicação da teoria da perda de uma chance ocorre em casos em que a ação do agente retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2019, p.109):

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. [...] 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.

Conforme elucida Cavalieri, em breve síntese, a perda de uma chance é configurada no momento em que foi retirada da vítima uma oportunidade de obter uma chance futura melhor, devendo esta ser indenizada proporcionalmente à probabilidade de ocorrência do evento perdido.

Nesse contexto, faz-se necessário elucidar a origem da teoria da perda de uma chance. De origem francesa e italiana, a teoria da perda de uma chance em primeiro momento consiste em reparar uma oportunidade real e concreta que foi retirada do indivíduo, causando prejuízos a este em razão da perda de uma chance futura.

1.1 FRANÇA

De origem francesa, a teoria da perda de uma chance - la perte d'une chance -, teve sua primeira ocorrência no ano de 1889 pela Corte de Cassação.

Trata-se do julgamento do caso denominado *Chambre de Requêtes*, o qual, conforme menciona Augusto Lenhardt (2011. p. 26/28)¹, a Corte de Cassação Francesa concedeu indenização a um indivíduo que fora prejudicado em decorrência de uma conduta negligente de um oficial ministerial, o qual extinguiu todas as possibilidades

de êxito da demanda, fazendo com que o indivíduo ¹perdesse a chance de obter sucesso no referido caso em questão.

Não obstante, em 1965 a Corte de Cassação Francesa julgou outro caso, desta vez na seara médica, onde um médico foi responsabilizado a reparar o dano provocado em seu paciente diante do erro de diagnóstico e, conseqüentemente, pela perda da chance de agir de modo diverso e menos danoso ao paciente.

Nessa linha, evidencia-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance na França seguia duas hipóteses, a primeira responsável pela elucidação de “casos clássicos”, ou seja, casos em que há dano proveniente da perda de uma chance futura, uma oportunidade que fora perdida, sendo a segunda hipótese corresponde aos casos praticados na área da medicina.

Dessa forma, para os franceses, a perda da chance da ocorrência de um evento favorável ao indivíduo pode gerar indenização a este, na medida em que possui chances de êxito que, por sua vez, foram suprimidas, retirando do prejudicado o benefício esperado. Assim, a reparação em razão da perda da chance será proporcional com a probabilidade da ocorrência do evento esperado.

1.2 ITÁLIA

Logo após ser originada na França, em 1983, a Corte de Cassação italiana aplicou a teoria da perda de uma chance no julgamento 6.906 da Sessão Trabalhista. O caso em comento trata-se de um grupo de trabalhadores que haviam realizado um teste para o emprego de motorista e passaram na fase inicial do teste, entretanto, foram impedidos, injustificadamente, de participar das fases subsequentes, o que lhes tirou a oportunidade de conquistarem o tão sonhado emprego.

Em continuidade, após longa discussão dos julgadores italianos, chegaram à conclusão de que havia, no caso em tela, a probabilidade de se obter um benefício (*in casu*, o emprego) que fora retirado dos trabalhadores. Quanto ao argumento de incerteza do dano, os julgadores entenderam que a configuração de ganho provável,

¹ A Teoria da Perda de uma Chance na Aplicabilidade dos Tribunais Brasileiros: Possibilidades e Tendências. (2016, p. 26-28).

e não um ganho certo, não influenciava na existência do dano, apenas em sua quantificação.

Ainda, pouco tempo depois (1985), a Corte italiana confirmou seu posicionamento no caso *Baroncini vs Enel*², no qual foi proferida a sentença (caso nº 6.506) pela Sessão Trabalhista da Suprema Corte, defendendo o entendimento de que a perda de uma possibilidade, efetiva e congruente, de conseguir determinado bem gera dano ressarcível, sempre que ficar demonstrada sua existência, sendo que, para a ocorrência do ressarcimento, a existência do dano deve ser certa e suficiente.

Nesse sentido, a Corte italiana seguiu pelo mesmo parâmetro de aplicação da teoria da perda de uma chance francesa ao reconhecer que o prejudicado deve ser ressarcido pelo dano injusto que lhe fora acometido. No entanto, é importante salientar que o referido dano deve ser comprovado e, ainda, para que seja aplicada a teoria da perda de uma chance, é necessário a comprovação da existência de pelo menos 50% de chances da vítima alcançar o resultado esperado.

1.3 ESTADOS UNIDOS

Posteriormente, a teoria da perda de uma chance - *loss of a chance* - começou a ser aplicada em alguns estados dos Estados Unidos. Semelhante ao entendimento francês, os americanos aplicavam a teoria a casos de negligência médica e erros de diagnóstico. Nesse sentido, a vítima poderia requerer indenização ao médico, diante da lesão que lhe fora causada em decorrência de conduta negligente do profissional, este que tem a responsabilidade de dar o diagnóstico mais preciso e congruente em cada caso.

O primeiro caso americano em que a teoria da perda de uma chance foi aplicada ocorreu em 1999³. Um médico receitou ao seu paciente antiácidos e, por isso, o paciente teve complicações gástricas. Após o acontecimento, o médico finalmente solicitou uma série de exames chegando ao diagnóstico de câncer no estômago. No

²A Perda de uma Chance no Direito do Trabalho. (2011, p. 42/46).

³ Perte D'une Chance de Guérison à Perda de uma Chance: Direito Comparado e Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. (2013, p. 06/07)

entanto, o paciente veio a falecer 05 (cinco) meses após a descoberta da doença devido ao estágio avançado que se encontrava.

Dessa forma, o advogado argumentou a configuração de negligência médica, uma vez que, o médico poderia ter solicitado a bateria de exames mas não o fez, prejudicando o paciente que perdeu a chance de ter realizado o devido tratamento da doença. Assim, os julgadores americanos condenaram o médico a pagar indenização à família do paciente.

A partir do caso citado, a teoria vem sendo aplicada de forma mais ampla pelos tribunais americanos, abarcando casos em que a causalidade é questionável, ou seja, casos em que há probabilidade de ocorrência do resultado esperado, porém foi retirada do indivíduo, prejudicando-o.

1.4 BRASIL

A teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço e popularidade nos tribunais brasileiros, que aceitam e aplicam a teoria desde que a chance perdida seja séria e real. Ainda, os juristas levam em conta o princípio da razoabilidade para valorar a chance perdida, devendo ser investigado da forma mais precisa a chance de se ter alcançado o resultado pretendido.

O caso brasileiro mais emblemático envolvendo a teoria da perda de uma chance ocorreu em 2000, o qual uma participante do programa “Show do Milhão” teve frustrada a chance de vencer o prêmio máximo do jogo, qual seja, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em razão de uma pergunta mal formulada pela equipe do programa⁴.

A pergunta consistia em “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: a - 22%; b - 02%; c - 04%; d - 10%”. No entanto, não há na Constituição previsão legal sobre o tema, o que fez a participante questionar a pergunta, alegando que esta fora mal formulada. Assim, requereu indenização, uma

⁴ Da Perte D'une Chance de Guérison à Perda de uma Chance: Direito Comparado e Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. (2013, p. 09)

vez que a pergunta mal formulada a induziu em erro, perdendo a chance de acertar a pergunta e, com isso, ganhar o prêmio do programa.

No julgamento, o Tribunal superior decidiu que não havia como afirmar de forma precisa que a participante acertasse a pergunta final caso ela tivesse sido feita de forma correta pois “há uma série de outros fatores em jogo, como a dificuldade progressiva do programa e a enorme carga emocional da indagação final”, que poderia interferir no andamento dos fatos.

Dessa forma, reformou a decisão reduzindo o valor da indenização a ser paga pelo programa de televisão por entender que o valor advinha de uma “probabilidade matemática”. Assim, a participante fora indenizada em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Não obstante, a teoria da perda de uma chance, como já mencionado, passou a ser aplicada também no processo penal, na seara probatória, uma vez que o réu não pode ser prejudicado em razão da insuficiência de provas que o incriminam diante da inércia da acusação na produção destas para a elucidação do caso concreto. Contudo, para melhor compreensão do assunto, aprofundaremos a análise de julgados no terceiro capítulo deste trabalho.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO CIVIL

De início, a doutrina e a jurisprudência brasileira implantaram a teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito Civil, especificamente, no instituto da responsabilidade civil. No entanto, é válido mencionar que a teoria ainda não possui expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, para uma melhor análise do tema, é necessário compreender que a responsabilidade civil é o instituto no qual obriga o agente, causador do dano, a repará-lo. A responsabilização decorre da violação de um dever jurídico (ato ilícito) que, por sua vez, gera dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

Conforme elucida o art. 927 do Código Civil:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2022).

Insta salientar que para a configuração da responsabilidade civil, ou seja, para haver o dever de indenizar, é imprescindível a existência de uma conduta e um dano causado por essa, bem como é necessário uma relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o dano, a qual denomina-se nexu causal. Ademais, em se tratando de responsabilidade subjetiva, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente.

Nessa linha, o dano sofrido pela vítima possui duas vertentes, as quais diferenciam a forma de indenização: os danos emergentes e os lucros cessantes, previstos, respectivamente, no art. 402 e 403, ambos do Código Civil.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2019, p. 105), o dano emergente importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em decorrência do ato ilícito, ou seja, é o que ela efetivamente perdeu. Nesses casos, o cálculo para o *quantum* indenizatório se dá pela diferença do valor do bem jurídico entre como era antes do ato ilícito e depois deste. Portanto, o valor da indenização é facilmente mensurado.

Ainda, quanto aos lucros cessantes, Cavalieri Filho (2019, p.106) entende que configura a diminuição em potencial do patrimônio da vítima, isto é, aquilo que deixou de lucrar, uma frustração da expectativa de lucro. Dessa forma, o cálculo para o *quantum* indenizatório é mais trabalhoso, uma vez que, não se sabe de forma precisa o quanto deixou de ganhar, trata-se de probabilidade.

Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance consiste em uma modalidade intermediária do dano patrimonial. Diferentemente do dano emergente, a teoria visa reparar uma perda incerta, mas com probabilidade de ocorrência. Configura-se nos casos em que a conduta ilícita do agente retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

Todavia, a reparação pela perda de uma chance não se confunde com os lucros cessantes pois não se indeniza um dano - resultado -, mas sim, uma chance que fora perdida, sendo necessário a demonstração de que a conduta gerou a perda da possibilidade de tentar, frustrando o indivíduo.

2.1 APLICABILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO CIVIL E O JUÍZO DE PROBABILIDADE

Como já vimos, a teoria da perda de uma chance recai no âmbito da responsabilidade civil, a qual é aplicada nos casos em que há a perda de uma oportunidade de obter uma situação melhor ou, até mesmo, de evitar um prejuízo, causando danos à vítima que, por sua vez, ensejam reparação.

Não obstante, para que seja aplicada é preciso que a chance perdida seja séria e real, dentro de um juízo de probabilidade e não mera possibilidade. Desse modo, constata-se que a perda de uma chance não é aplicada a “danos fantasiosos”, tampouco a “meras expectativas”.

Para a aplicação da perda de uma chance é preciso que estejam presentes todas as condições que ensejam a reparação, quais sejam, o dano (perda da probabilidade séria e real), a conduta omissiva ou comissiva do agente, e o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano.

Nesse sentido, para calcular o *quantum* indenizatório, é necessário analisar o grau de probabilidade de ocorrência do prejuízo advindo da chance perdida. Conforme aduz Maria Helena Diniz (2018, p. 87/88):

A perda de uma chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo. Se assim é, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. A chance, ou oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade. A perda de uma oportunidade é um dano cuja avaliação é difícil, por não ser possível a condução da vítima ao *statu quo ante*, pois não terá a chance perdida. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar.

Dessa forma, para a realização da quantificação indenizatória, leva-se em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, para estabelecer o *quantum* indenizatório é preciso realizar uma análise de cada caso concreto a fim de averiguar se a probabilidade do resultado esperado, bem como verificar se este é razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A partir disso, o valor da reparação recai sobre a probabilidade da chance perdida.

Ainda, nas palavras de Cavalieri Filho (2019, p. 110), cabe ao julgador saber avaliar a probabilidade de cada oportunidade perdida, ou seja, realizar um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado esperado.

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance da vitória terá sempre o valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. **O perdido ou o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal.** Reporta-se a chance perdida e não o dano final (Zannoni, apud Sanseverino, ob. cit, p. 67). Por isso, conclui Sanseverino, na perda de uma chance há um prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. **Repara-se a chance perdida, e não o resultado final.**

Portanto, como já mencionado, a indenização deve ser valorada de acordo com a chance que o indivíduo teria de conseguir o resultado se não fosse impedido de fazê-lo. Vale mencionar que a chance perdida deve ser séria e concreta, caso contrário, não há de se falar em indenização/reparação. Frisa-se que o valor indenizatório deve ser proporcional e razoável à chance futura, a fim de conter vantagem injusta ou lucros excessivos.

A fim de obter maior compreensão da referida teoria, vejamos diferentes situações em que foi aplicada.

Em 2018, no julgamento do Recurso Especial nº 1.540.153 - RS, o Ministro Relator Luiz Felipe Salomão aplicou a teoria da perda de uma chance no caso em que um Banco vendeu ações da bolsa de valores sem a autorização do titular. Assim, o Banco foi responsável por gerar dano ao cliente, uma vez que este ficou impossibilitado de realizar negociações das ações com melhor valor, em momento futuro. Portanto, o Banco tem o dever de indenizar o titular das ações pela oportunidade perdida.

“A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado.

No caso concreto, houve venda de ações sem a autorização do titular, configurando o ato ilícito. O dano suportado consistiu exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja a venda daquelas ações por melhor valor. Presente, também, o nexo de causalidade entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada) e o dano (perda da chance de venda valorizada), já que a venda pelo titular das ações, em momento futuro, por melhor preço, não pode ocorrer justamente porque os papéis já não estavam disponíveis para serem colocados em negociação”. (**REsp 1.540.153**)

Segundo Salomão, para a reparação da chance perdida, é necessária a existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, *in casu*, a venda sem autorização das ações e a chance de obter uma negociação com melhor valor, no futuro, respectivamente.

Como já mencionado, o caso emblemático da aplicação da perda de uma chance foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.757.936 - SP, o qual um participante de reality show foi eliminado da competição por equívoco dos organizadores do programa no momento da contagem de pontos. O erro na contagem de pontos tornou a eliminação do participante indevida, além disso, causou danos a este, uma vez que estava na fase semifinal do programa e teve a chance de ir para a final perdida.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu estar presente todos os elementos ensejadores do dever de indenizar, haja vista a comprovação do erro na contagem de pontos na rodada da semifinal da competição, bem como o nexo de causalidade entre

a conduta dos organizadores e o dano causado ao participante, que possuía chances reais de ir para a próxima fase da disputa - a final - e, eventualmente, sair como vencedor do programa.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva teve o seguinte entendimento:

“A teoria da perda de uma chance tem por objetivo reparar o dano decorrente da lesão de uma legítima expectativa que não se concretizou porque determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos e impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo.

A reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos, consagrado no art. 944 do CC/2002.

Deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real, não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado para que o dano seja indenizado.

Na presente hipótese, o Tribunal de origem demonstrou que ficaram configurados os requisitos para reparação por perda de uma chance, tendo em vista (i) a comprovação de erro na contagem de pontos na rodada semifinal da competição, o que tornou a eliminação do autor indevida, e (ii) a violação das regras da competição que asseguravam a oportunidade de disputar rodada de desempate.

O acolhimento da pretensão recursal, no sentido de afastar a indenização por danos morais ou de reduzir o valor arbitrado, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos (Súmula nº 7/STJ).

O montante arbitrado a título de indenização por danos morais (R\$ 25.000,00 - vinte e cinco mil reais) encontra-se em conformidade com os parâmetros adotados por esta Corte, não se mostrando excessivo diante das particularidades do caso concreto”.

À vista disso, o participante foi indenizado em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), o qual foi calculado partindo de um juízo de probabilidade, qual seja, se o autor tivesse sido submetido à rodada de desempate com outro competidor, ele teria 50% (cinquenta por cento) de chance de sair vencedor da fase semifinal. Posteriormente, na fase final, a probabilidade de vencer também seria de 50% (cinquenta por cento), concluindo-se que a chance total de obter a vantagem esperada, qual seja, a vitória na competição, era de 25% (vinte e cinco por cento).

O prêmio final consistia no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por conseguinte, realizando o cálculo de probabilidade supracitado, 25% do valor total

consiste em R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais). Portanto, verifica-se a razoabilidade e proporcionalidade da indenização.

No mais, a aplicação da teoria da perda de uma chance também incide na seara médica, isto é, em casos que houve erro grosseiro do profissional, ou por imperícia, negligência e imprudência médica.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.662.338 - SP, a Ministra Relatora Nancy Andrighi não reconheceu a perda de uma chance no caso do profissional médico que fora condenado a pagar indenização por danos morais em razão de erro em diagnóstico da paciente, ora vítima, levando esta a morte.

In casu, a Excelentíssima Ministra Relatora argumentou acerca da inaplicabilidade da perda de uma chance, em suas palavras:

“Não é possível concluir que houve erro crasso passível de caracterizar uma frustração de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de sobrevivência da vítima. Inclusive, a própria perícia utilizada como razão de decidir concluiu que havia risco baixo de evolução desfavorável ante a ausência de alterações ao exame clínico e que a alta hospitalar “é conduta que pode ser adotada” (e-STJ fl. 775).

Logo, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica”.

Dessa forma, conheceu e deu provimento ao recurso especial interposto pelo médico, ora recorrente, julgando improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, qual seja, compensação por danos morais.

Em que pese o recurso especial acima não responsabilizar o agente pela chance perdida, é de suma importância mencionar a existência de outros precedentes em que a teoria fora aplicada na seara médica, partindo da análise da probabilidade de ocorrência da oportunidade perdida, bem como da análise do nexo causal entre o ato ilícito e o dano gerado por este.

No Recurso Especial nº 1.254.141/PR julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aplicada a teoria da perda de uma chance no caso de ocorrência de uma série de

erros médicos no tratamento de uma paciente com câncer de mama que, posteriormente, levou esta a óbito.

Em seu voto, a Ministra Relatora Nancy Andrighi defendeu a aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que a oportunidade perdida se deu no momento em que havia um tratamento de saúde que poderia interromper o evento danoso, qual seja, o câncer de mama, levando a óbito.

Ou seja, a conduta do médico não provocou a doença que levou a paciente ao óbito, porém, conforme os documentos probatórios dos autos, frustrou a oportunidade de obter uma cura incerta.

“No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que "não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor" (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, e-STJ) e que "na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída".

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final [...]”.

Isto posto, conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial interposto pelo médico, ora recorrente, reduzindo em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR.

Embora o início no direito civil, a doutrina vem aplicando a teoria da perda de uma chance também no processo penal. No entanto, no âmbito criminal, sua aplicabilidade se restringe à seara probatória.

Em resumo, a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada no processo penal quando o Estado, como parte acusatória - representado pelo Ministério Público - tem o dever de produzir provas e não o faz, perdendo a chance - a oportunidade - de um julgamento com base na certeza, elemento essencial para o juízo condenatório.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

3.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

No Brasil vige o sistema acusatório, o qual é responsável pela divisão das funções referentes a acusar, defender e julgar, não sendo possível que um órgão entre na esfera de atuação de outro. O papel de cada ente é preestabelecido pelo legislador e, dessa forma, devem agir de acordo com o que está previamente determinado no ordenamento jurídico normativo.

Em breve síntese, o processo penal entra em jogo no momento em que há a suspeita de que um crime foi cometido. Nesse sentido, através de informações obtidas acerca do delito, a autoridade policial tem a possibilidade de instaurar o inquérito policial a fim de apurar os fatos relatados e, em caso de confirmação deste, o Delegado de Polícia indicia o investigado. Posteriormente, os autos do inquérito são enviados para o Ministério Público, o qual como agente de acusação em ações penais públicas, poderá oferecer denúncia à autoridade judicial.

Insta salientar que o indiciamento pode ser visto como parte da formação de culpa do agente na investigação criminal. Ainda, ressalta-se que em fase investigatória não é oportunizado ao réu o direito de se defender, haja vista que não há formação de juízo de certeza sobre a autoria do delito.

A autoridade policial realizará a investigação e apuração dos fatos, juntando todos os documentos formados a partir desta que comprovem que o investigado foi o autor do suposto ato ilícito cometido e, como já mencionado, enviará para o membro do Ministério Público.

Em seguida, o órgão ministerial analisará o inquérito policial formulado e, encontrando indícios de autoria e provas de materialidade suficientes a ensejar a condenação do réu, oferecerá a denúncia, peça que, se recebida, dará início à ação penal.

É de se lembrar que, no processo penal, é ônus da acusação provar o fato alegado - o ato cometido pelo acusado que constitui crime. Ademais, é importante mencionar que um dos direitos fundamentais do acusado é o da presunção de inocência:

presume-se que o acusado é inocente até a fase processual da sentença condenatória.

Dessa forma, cabe ao Ministério Público ou o particular - em ações penais privadas- produzir elementos probatórios condizentes que comprovem que o acusado cometeu o ilícito penal. Em contrapartida, ao réu resta o direito de se defender dos fatos alegados, apresentando provas que contrariam o alegado pelo órgão acusador.

Assim, verifica-se que no processo penal não há distribuição de cargas probatórias, esta função é inteiramente de responsabilidade do órgão acusador, uma vez que o acusado está protegido pelo princípio da inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Ainda, o princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo* corroboram para a fundamentação de que a distribuição da carga probatória cabe somente à parte acusatória, bem como que reforça a regra de julgamento no processo penal. Veja-se trecho de artigo presente na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (2013, p.306)⁵ que elucida tal posicionamento:

Se o acusado é presumidamente não culpado, todo o procedimento deve seguir essa máxima, devendo o agente ministerial, ao propor a ação penal e durante o procedimento, apresentar provas de que o indivíduo é culpado. Já a defesa compete apenas refutar as argumentações acusatórias, já que, diante da dúvida, a presunção de não culpabilidade permanece íntegra[...].

Este entendimento encontra amparo no art. 5º, inciso LVII da CR/88, na medida em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, insta salientar que, em caso de dúvida, ou na insuficiência da certeza acerca dos indícios de autoria ou provas de materialidade, isto é, quando não alcançando o grau de convencimento necessário do órgão julgador a ensejar uma condenação, a absolvição do acusado é imperativa.

⁵ O Processo Penal Constitucional e o Devido Processo Legal como Garantia Democrática. (2013, p. 291/320).

No entanto, a defesa, quando possui a oportunidade de exercer um direito que lhe é garantido, mas opta por não exercê-lo, assume riscos pela teoria da perda de uma chance probatória, não sendo oportunizado outro momento para que se manifeste.

Um exemplo claro disso é o exercício do direito ao silêncio, resguardado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*. O réu possui o direito de permanecer em silêncio em seu interrogatório ou pode apenas responder às perguntas de seu advogado. Em contrapartida, o juiz pode formular, a partir do livre convencimento motivado, seu posicionamento acerca do caso concreto e, proferir uma decisão satisfatória ou não ao réu.

Nesse contexto, a teoria da perda de uma chance igualmente recai sobre o Estado, como parte acusatória - representado pelo Ministério Público - tem o dever de produzir provas e não o faz, perdendo a chance - a oportunidade - de um julgamento com base na certeza, elemento essencial para o juízo condenatório.

A teoria ora mencionada funciona como instrumento para tutelar os direitos legais, garantidos constitucionalmente ao acusado na medida em que impõe ao Estado o ônus de provar o fato alegado. É válido frisar que, no processo penal e no direito penal, o que está “*em jogo*” é a liberdade de alguém, e não um dano baseado em um juízo de probabilidade.

Nessa linha, é possível concluir que a teoria da perda de uma chance probatória se configura como fundamento para a absolvição do acusado, tendo em vista a fragilidade das provas que deveriam ser produzidas pela acusação. É o que enseja a efetivação da única presunção prevista na Constituição: a da inocência.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A teoria da perda de uma chance tem sido cada vez mais aplicada no Brasil. De início abarcava somente situações da seara civil em que a vítima perdia a chance de obter uma vantagem futura melhor, sendo que tal chance deveria ser séria e real e, em razão disso, havia de ser indenizada.

A jurisprudência pátria aplica seu entendimento conforme a particularidade de cada caso concreto. Analisa-se a possibilidade de aplicação da teoria da perda a partir da verificação da probabilidade de ocorrência da chance perdida e seu dano real. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Hipótese em que a parte autora pleiteia indenização por danos materiais com fundamento na perda de uma chance, sob o argumento de que a recusa da agravada em renovar sua matrícula atrasou em um ano a conclusão do curso de enfermagem, retirando-lhe a oportunidade de obter situação futura melhor, como conseguir um emprego e progredir no trabalho. **2. A chamada teoria da perda da chance, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 4.8.2009).** 3. O direito à indenização, nessas circunstâncias, somente existiria diante de situação de real e séria possibilidade de êxito, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que o pedido, consoante observado pelas instâncias ordinárias, está baseado em conjecturas, uma vez que o emprego da autora, logo que saísse da faculdade, era evento futuro e incerto. 4. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp: 1364526 MS 2012/0254859-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 21/05/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2019, grifo nosso)

No caso em comento observa-se que a teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil é afastada. O caso trata-se de recusa de renovação de matrícula em determinada faculdade, o que motivou a parte a pleitear indenização por danos materiais, sob o fundamento o atraso de um ano para a conclusão do curso de enfermagem retirou-lhe a *"oportunidade de obter uma situação futura melhor, como conseguir um emprego e progredir no trabalho"*.

Entretanto, o Tribunal de Justiça entendeu pela não aplicação da referida teoria, haja vista a inexistência de situação real e de concreta possibilidade de êxito. O fato da estudante ter um emprego assim que concluísse o ensino superior constitui em um evento futuro e incerto, o que não permite a indenização em razão da perda de uma chance. Ainda, não restou demonstrado nos autos que o atraso na conclusão do curso decorreu do ato ilícito pela requerida, o que contribui para a não aplicação da referida teoria.

No mesmo sentido segue tal entendimento nos casos de inscrição em concurso público ou nos casos de boa classificação em determinado concurso. Nessas

situações, assim como a supramencionada, não apresentam, tampouco demonstram a existência de uma chance séria e real capaz de ensejar uma indenização pautada na ocorrência da perda de uma chance futura, mas sim, em uma esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória.

Em que pese o supracitado, há casos em que é possível a ocorrência de indenização pela chance perdida. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). **2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).** 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico. **4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final.** 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. **6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar.** **7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.** 8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida. 9. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1677083 SP 2017/0034594-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017, grifo nosso)

No caso acima, verifica-se a aplicação da teoria da perda de uma chance. Em breve resumo, trata-se de situação em que ocorreu um acidente doméstico um dia após a vítima ter ido ao Hospital e não ter sido corretamente diagnosticada. No dia 24 de dezembro de 2010, a vítima passou mal em virtude da doença que a acometia,

desmaiou, caiu de uma escada e bateu a cabeça, vindo a óbito no dia 25 de dezembro de 2010, em razão de traumatismo craniano.

Nesse contexto, a fundamentação para aplicar a referida teoria se dá com base no fato de que os prepostos da ré frustraram a oportunidade de um tratamento. Se estivesse no hospital internada, a vítima não teria se acidentado em casa e, conseqüentemente, não teria morrido.

Ou seja, existe uma chance séria e real de que o resultado danoso poderia ter sido evitado, entretanto, não foi. Isto justifica a indenização a ser paga em razão da chance perdida que, neste caso, poderia ter salvo a vida da vítima. Assim, o montante indenizatório será calculado conforme a probabilidade de ocorrência do evento, sob a observância da razoabilidade e proporcionalidade.

Posteriormente, a teoria migrou para outros ramos do Direito, especificamente, o Direito Penal. Sua aplicação ocorre nos casos em que o Estado - como órgão acusador - tem o dever de provar o alegado esgotando todos os meios de prova para tanto mas, não o faz e, por isso, perde a chance de provar posteriormente os fatos alegados.

Dessa forma, em análise ao instituto da perda de uma chance probatória conjuntamente com a presunção de inocência e o in dubio pro reo, tem-se que, nesses casos, a absolvição é a medida que se impõe. Nesse sentido, segue entendimento jurisprudencial:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. LAUDO PROVISÓRIO QUE NÃO FOI FEITO POR PERITO OFICIAL E NEM SE VALENDO DE TÉCNICAS QUE CONFEREM CERTEZA AO RESULTADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA PRECEDENTES DO STJ. JUNTADA DE LAUDO DEFINITIVO APÓS PROFERIMENTO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAR ESSE DOCUMENTO NO JULGAMENTO DO RECURSO. OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O RÉU. 1. Cuida-se de apelação criminal interposta pela defesa do acusado, em face da sentença exarada pelo MM Juízo da Vara Única Criminal da Comarca de Russas/CE, que condenou o réu na tenazes do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com a imposição de pena privativa de liberdade fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, sendo, ao final, negado ao réu o direito de apelar em

liberdade. **2. Assiste razão ao pleito absolutório, tendo em vista que não se pode constatar comprovada a materialidade delitiva de forma satisfatória, não constando, até o encerramento da instrução processual dos presentes autos, o laudo definitivo de análise das substâncias apreendidas.** 3. In casu, observo que, consoante Auto de Apresentação e Apreensão, de pág. 12, fora apreendidos 02g gramas de uma substância parecida com Maconha e 02g duas gramas de uma substância parecida com Crack. Em seguida, verifica-se existirem, às págs. 30 e 31, dois laudos provisórios de constatação de substância entorpecente, em que uma servidora da polícia civil afirmou que as substâncias apreendidas se tratavam de Cannabis Satival e de Metilbenzoilcgoninal, com base nos caracteres das substâncias, bem como na sua própria experiência, adquirida no trato diário com a espécie. Ao final desses laudos provisórios, consta, ainda, observação de que tais constatações dependeriam de confirmação por outro laudo mais aprofundado que seria elaborado em Laboratório Especializado. Ocorre que, até o momento em que se encerrou a instrução processual e se proferiu a sentença ora recorrida, não haviam sido apresentados nos autos, os laudos definitivos das substâncias apreendidas, de maneira tal que não se permite ter a plena certeza quanto à materialidade do delito em questão. **4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.544.057/RJ, uniformizou e pacificou o seu entendimento no sentido de que a ausência do laudo toxicológico definitivo acarreta a absolvição do acusado, tendo em vista que não há como comprovar, com o grau de certeza necessário à um édito condenatório, a materialidade do delito.** 5. Ressalto, ademais, que a juntada dos laudos definitivos em momento posterior ao proferimento da sentença não permite a sua valoração como prova nessa ocasião, tendo em vista que a instrução processual já estava encerrada, de sorte que seria uma ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa considera-los no julgamento de um recurso. Precedentes do STJ. 6. Ante este contexto, forçoso reconhecer que não houve a devida comprovação da materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, impondo-se, portanto, a absolvição do réu, nos termos do art. 386, II e VII, do CPP. 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. Absolvição. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso apelatório interposto, para dar-lhe provimento, reformando a sentença para absolver o réu, nos termos do voto desta Relatoria. Fortaleza, 23 de agosto de 2022 MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA Relatora

(TJ-CE - APR: 00509400620218060158 Russas, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 23/08/2022, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/08/2022, grifo nosso)

O caso em questão trata da ocorrência do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 - tráfico de drogas, o qual o acusado foi condenado a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, sendo, ao final, negado ao réu o direito de apelar em liberdade.

No entanto, a defesa recorreu da sentença proferida, argumentando pela absolvição do acusado, haja vista que não foi comprovada a materialidade delitiva de forma satisfatória, pois, não consta nos autos do processo o laudo definitivo de análise das substâncias apreendidas. Ou seja, a parte acusatória não se utilizou de todos os meios

de provas cabíveis para provar os fatos alegados e, por este motivo, a absolvição seria a medida mais adequada.

Nesse sentido, o r. acórdão conheceu e deu provimento ao recurso fundamentando sua decisão no entendimento consolidado de que a ausência do laudo toxicológico definitivo acarreta a absolvição do acusado, haja vista que não há grau de certeza quanto ao fato de que o acusado cometeu o delito imputado a ele.

Portanto, podemos concluir que a parte acusatória perdeu a chance de provar a materialidade do delito imputado ao acusado no caso supramencionado e, por isso, o acusado foi absolvido.

Nesse mesmo sentido, extrai-se julgamento de apelação que resultou na absolvição do réu diante da insuficiência de provas robustas a ensejar a condenação do acusado:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ACOLHIMENTO. PROVAS DE AUTORIA FRÁGEIS. DEPOIMENTO JUDICIAL DAS VÍTIMAS DISPENSADO PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. POLICIAIS MILITARES QUE NÃO PRESENCIARAM O COMETIMENTO DO DELITO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONDUTA ATRIBUÍDA AO ACUSADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. RÉU QUE NÃO FOI FLAGRADO COM A RES FURTIVA E NEM PORTANDO ARMA DE FOGO. VERSÃO DEFENSIVA SUFICIENTE PARA GERAR DÚVIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. RÉU ABSOLVIDO. 1. Cuida-se de apelação criminal interposta pelo acusado em face da sentença exarada pelo MM Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, que o condenou nas tenazes do art. 157, § 2º, I e II c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, com a imposição de uma pena privativa de liberdade fixada em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado (ante a reincidência do réu) além do pagamento de 07 (sete) dias-multa. Ao final, foi negado ao acusado o direito de apelar em liberdade. **2. Assiste razão ao pleito recursal, na medida em que, compulsando os autos, verifico que o conjunto probatório pelo qual o Juízo de origem se pautou para proferir a condenação se mostra lacunoso, frágil e incerto, não sendo possível se extrair elementos objetivos suficientes para formar convencimento quanto à autoria delitiva, de modo que deve ser aplicado o princípio do in dubio pro reo.** 3. In casu, os três policiais militares (testemunhas da acusação), ao serem ouvidos judicialmente, narraram que a identificação do acusado Roniery de Freitas Silva como coautor do delito em questão foi feita pelas vítimas, bem como que, no momento em que a composição policial chegou ao local, Roniery teria permanecido parado, sendo, após ter sido apontado por uma das vítimas como acompanhante do corréu, abordado e capturado, sem que estivesse na posse de qualquer arma de fogo ou objeto subtraído. 4. As vítimas, por sua vez, em seus respectivos depoimentos prestados na fase inquisitorial, não forneceram informações concretas sobre como se deu a dinâmica das condutas praticadas, não sendo possível discernir quais teriam sido as atitudes do apelante Roniery de Freitas

Silva que demonstravam a sua participação na empreitada delituosa. Posteriormente, o órgão acusatório entendeu por dispensar os depoimentos judiciais das vítimas, embora não tenha elencado nenhuma outra testemunha ocular. 5. A versão de negativa de autoria deduzida pela defesa do acusado apresenta alguma verossimilhança e encontra alguns elementos de convergência com as afirmações das vítimas e das testemunhas de acusação. O auto de apresentação e apreensão (pág. 25) demonstra que só foi apreendida uma arma de fogo, a qual, conforme depoimento de todos os policiais, estava na posse do corréu Jonas Rocha. Não houve apreensão, com o apelante, de nenhum objeto que tenha sido subtraído. Nenhuma testemunha descreveu, de forma concreta, qual teria sido a participação do apelante na empreitada criminosa. **6. Destarte, considerando a ausência de provas robustas, firmes e seguras sobre a autoria do delito em questão, impõe-se a reforma da sentença combatida, a fim de declarar a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, inc. VII, do CPP, observando-se, assim, o princípio in dubio pro reo.** 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. Absolvição. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso apelatório, para dar-lhe provimento, a fim de reformar a sentença para absolver o acusado, consoante art. 386, VII, do CPP, nos termos do voto desta Relatoria. Fortaleza, 02 de agosto de 2022 MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA Relatora

(TJ-CE - APR: 01163457720188060001 Fortaleza, Relator: MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, Data de Julgamento: 02/08/2022, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/08/2022, grifo nosso)

In casu, o réu foi condenado pelo delito previsto no art. 157, § 2º, I e II c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, com imposição de pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão em regime inicialmente fechado. Contudo, em análise aos autos, verifica-se que o depoimento das testemunhas oculares prestados em sede policial, apresentam lacunas e fragilidade, não sendo suficientes para formar o convencimento do magistrado quanto à autoria delitiva do caso concreto.

Ainda, conforme elucidado, diante da fragilidade probatória, o órgão acusatório dispensou o depoimento das vítimas em sede judicial, bem como não elencou nenhuma outra testemunha ocular para prestar depoimento, somente arrolou os policiais militares que não presenciaram o fato delituoso.

Deste modo, diante do evidente prejuízo do réu em razão da ausência do depoimento das vítimas, essenciais para a elucidação do caso concreto, o Excelentíssima Desembargadora Relatora do caso argumentou pela aplicação da teoria da perda de uma chance probatória.

Em sua decisão, a Desembargadora Relatora Marlúcia de Araújo Bezerra argumentou que o órgão acusatório detinha o ônus de comprovar a autoria do delito e de todas as

circunstâncias que o permeiam, não podendo a negligência estatal prejudicar o réu, sob o qual recai o princípio da presunção de inocência e também do *in dubio pro reo*.

Assim, diante da ausência de prova contundente e da fragilidade dos relatos testemunhais, incapazes de ensejar um édito condenatório, a Desembargadora declarou a absolvição do acusado, observando, portanto, a perda de uma chance probatória e o *in dubio pro reo*.

Em contrapartida, em alguns casos os Tribunais entendem pela não aplicação da perda de uma chance probatória. Em que pese a divergência de posicionamento, cabe mencionar que para fundamentar tal entendimento é necessário realizar uma análise de cada caso concreto. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 171, CAPUT, POR TRÊS VEZES, E ART. 171, CAPUT, C/C O ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). AUSÊNCIA DE ANÁLISE NA SENTENÇA DE UM DOS FATOS IMPUTADOS NO ADITAMENTO À DENÚNCIA. DECISÃO CITRA PETITA. NULIDADE, TODAVIA, NÃO RECONHECIDA, SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS. RECURSO EXCLUSIVAMENTE DA DEFESA. SÚMULA 160 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício" (Súmula 160 do STF). PRELIMINAR. NULIDADE DO ADITAMENTO À DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA NOVA. IMPROPRIEDADE. CONHECIMENTO DE FATOS NOVOS, APÓS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS NA FASE DO ART. 402 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO. ART. 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO CABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO FARTO. TESES RECHAÇADAS. 1 "O Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradas vezes que, no curso do processo, desde que antes de prolatada a sentença e possibilitado ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na espécie, é lícito ao Ministério Público realizar o aditamento da denúncia, inclusive dando ao fato definição jurídica diversa" (STJ, HC n. 224.246/DF, j. em 25/2/2014). 2 **Produzidas as provas necessárias e possíveis para o deslinde do feito, não há que se falar em aplicação da teoria da perda de uma chance.** MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. CONFISSÃO PARCIAL DO ACUSADO, CORROBORADA PELA PROVA ORAL E DOCUMENTAL. CONDENAÇÃO PRESERVADA. Impossível a absolvição, porquanto não remanescem dúvidas de que o acusado usou documento falso para efetuar cadastro em loja e receber cartão de crédito, que utilizou para efetuar o pagamento de mercadorias, obtendo, assim, vantagem ilícita em prejuízo alheio, por meio fraudulento. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-SC - APL: 00035554520158240005 Balneário Camboriú 0003555-45.2015.8.24.0005, Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho, Data de Julgamento: 10/05/2016, Terceira Câmara Criminal, grifo nosso)

O caso em comento trata-se do delito de estelionato, no qual determinado cidadão se passa por outra pessoa e, a partir disso, realiza compras na loja Riachuelo em nome deste segundo utilizando para isso, documentos falsos da vítima e o cartão de crédito da loja cadastrado no nome da vítima. Ato contínuo, a funcionária local percebeu a situação e imediatamente acionou a polícia, a qual prendeu o acusado em flagrante de delito.

Em sede de apelação, o acusado sustentou que não caberia o aditamento da denúncia realizada pelo Ministério Público tendo como fundamento a teoria da perda de uma chance probatória. Entretanto, não há motivo para a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória, uma vez que, conforme o artigo 569 do Código de Processo Penal, é possível o aditamento da denúncia ou queixa a todo o tempo, antes da sentença penal, o que foi observado pelo Ministério Público.

No mais a parte acusatória se incumbiu de produzir todas as provas necessárias para a apuração dos fatos, ou seja, se utilizou de todos os meios de provas possíveis para o deslinde do feito. Assim, não restando dúvidas quanto a autoria e materialidade do crime em questão, igualmente, não há de se falar em absolvição amparada pelo princípio do *in dubio pro reo*, sequer a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória.

Ante a exposição jurisprudencial é possível constatar a existências de pontos convergentes e divergentes na aplicação da teoria da perda de uma chance tanto da seara civil quanto na penal nas jurisprudências presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a aplicação desta teoria dependerá da análise das circunstâncias e dos elementos que compõem cada caso concreto.

Outro ponto perceptível está relacionado ao fato de que a perda de uma chance somente é aplicada nos casos em que a chance perdida seja séria e real, não uma mera probabilidade. Ainda, deve existir nexos de causalidade entre a conduta lesiva e a chance perdida, sendo que a indenização deve ser pautada em juízos de racionalidade e proporcionalidade.

Exclusivamente no âmbito do processo penal a teoria da perda de uma chance somente é adotada quando verificada um lastro probatório frágil e insuficiente para

ensejar um édito condenatório. Nesse sentido, observa-se que a referida teoria caminha em consonância ao princípio do *in dubio pro reo*, haja vista que, perdida a chance de provar os fatos alegados, interpreta-se em favor do acusado. Ou seja, ante a insuficiência de provas de autoria e materialidade delitiva, a absolvição é a medida que se impõe ao caso concreto.

3.2.1 A teoria da perda de uma chance probatória X Hearsay Testimony

O termo “Hearsay Testimony” é uma modalidade de prova, a qual se refere à “testemunha do ouvi dizer”, isto é, quando determinada pessoa presta depoimento na fase instrutória do processo, no entanto, sequer presenciou os fatos ocorridos. Constitui em um depoimento baseado em fatos direta ou indiretamente relacionados ao delito cometido, ou seja, a partir do que terceiros lhe contaram.

Em que pese sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro, tal instrumento probatório deve ser evitado, haja vista a fragilidade e a pouca credibilidade na qual se encontra. Isto porque o depoimento prestado às autoridades competentes é fundamentado no que o depoente ouviu dizer de determinada pessoa que presenciou o caso concreto, sem saber com certeza se o que ouviu condiz com a realidade dos fatos, ou seja, não possui uma fonte informativa segura.

Ademais, faz-se importante mencionar que a testemunha que realmente presenciou o ocorrido na maioria das vezes não dá suporte à testemunha do hearsay testimony, corroborando para a falta de credibilidade das informações. Ainda, o depoimento baseado no ouvi dizer se limita a unicamente repetir o que foi ouvido por meio de terceiros e, por isso, torna-se um depoimento dotado de juízo de valor, bem como que o depoente pode criar ou ocultar informações que foram lhe passadas.

Dessa forma, não é coerente, tampouco adequado fundamentar uma decisão judicial ou até mesmo proferir uma sentença condenatória somente com este tipo de depoimento. Ou seja, o hearsay testimony por si só não é apto a sustentar uma decisão diante da insuficiência de fundamentação para comprovar indícios de autoria e materialidade a ensejar a condenação do acusado.

Não obstante, há quem defenda que o “hearsay testimony” viola o contraditório na medida em que não observa o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal no que tange ao exame cruzado de provas, uma vez que a testemunha do ouvi dizer não é capaz de confrontar e responder aos questionamentos realizados pelo juiz acerca do fato de forma efetiva pois somente “ouviu dizer”, não presenciou o fato concreto.

A Suprema Corte já manifestou seu entendimento, arguindo que deve haver um lastro probatório capaz de proferir o decreto condenatório. Pautar a fundamentação da sentença condenatória somente no ‘ouvi dizer’ não demonstra idoneidade suficiente para respaldar o reconhecimento da autoria e materialidade do caso concreto, isto é, o hearsay testimony não pode ser considerado como elemento idôneo de prova.

A título de demonstração, veja-se caso concreto em que a utilização da testemunha de ‘ouvi dizer’ não foi considerada como meio de prova suficiente e seguro a ensejar a condenação do acusado e, em razão disso, ocorreu a perda de uma chance probatória por parte do Estado de provar o fato alegado e, conseqüentemente o réu foi absolvido.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA SUA REJEIÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) QUE NÃO SERVE PARA FUNDAMENTAR A CONDENÇÃO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO, PELA POLÍCIA, DAS TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO, IMPOSSIBILITANDO SUA OUVIDA EM JUÍZO. FALTA TAMBÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, III E VII, E 158 DO CPP. DESISTÊNCIA, PELO PARQUET, DA OUVIDA DE DUAS TESTEMUNHAS IDENTIFICADAS E DA VÍTIMA. GRAVES OMISSÕES DA POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE RESULTARAM NA FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVAS RELEVANTES. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DO DEPOIMENTO DO REPRESENTADO. EVIDENTE INJUSTIÇA EPISTÊMICA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RECORRENTE. 1. O representado foi condenado em primeira e segunda instâncias pela prática de ato infracional análogo a homicídio tentado. 2. Como relataram a sentença e o acórdão, a namorada grávida e um amigo do recorrente foram agredidos por J F DA S A após este ter consumido bebida alcoólica, ao que o representado reagiu, golpeando o agressor com um paralelepípedo. Segundo as instâncias ordinárias, constatou-se excesso na legítima defesa, com base nos depoimentos indiretos do bombeiro e da policial militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia acabado. Esses depoentes, por sua vez, relataram o que lhes foi informado por “populares”, testemunhas oculares da discussão que não chegaram a ser identificadas ou ouvidas formalmente pela polícia, tampouco em juízo. 3. O testemunho indireto (hearsay testimony) não se reveste da

segurança necessária para demonstrar a ocorrência de nenhum elemento do crime, mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP). 4. A imprestabilidade do testemunho indireto no presente caso é reforçada pelo fato de que a polícia, em violação do art. 6º, III, do CPP, nem identificou as testemunhas oculares que lhes repassaram as informações posteriormente relatadas pela policial militar em juízo. Por outro lado, a vítima, a namorada do recorrente e seu amigo - todos conhecidos da polícia e do Parquet - não foram ouvidos em juízo, tendo o MP/AL desistido de sua inquirição. 5. Para além da falta de identificação e ouvida das testemunhas oculares, a vítima não foi submetida a exame de corpo de delito, por inércia da autoridade policial e sem a apresentação de justificativa válida para tanto (na forma do art. 167 do CPP), o que ofende os arts. 6º, VII, e 158 do CPP. Perda da chance probatória configurada. 6. "Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance - com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) -, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída" (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, 2017, p. 462). 7. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese de legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica - cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência -, pela simples desconsideração da narrativa do representado. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses: 8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de "ouvir dizer" ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP. 8.2: quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes.

(STJ; AREsp 1.940.381; Proc. 2021/0242915-6; AL; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 14/12/2021; DJE 16/12/2021, grifo nosso).

A partir da análise do caso supracitado verifica-se a existência de uma relação entre a perda de uma chance probatória e o "hearsay testimony" na medida em que a parte acusatória - que possui o dever de provar os fatos alegados - se limitou a produzir o mínimo de prova possível, não se esgotando todos os meios e elementos de provas cabíveis a fim de comprovar a tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta do agente.

Uma vez configurada a perda de uma chance probatória, verifica-se um conflito aparente entre o ônus da produção de provas do órgão acusatório e a presunção de inocência do acusado. Nesse sentido, aduz Guilherme Nucci (2011, p.26):

(....) O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em livre convicção íntima, o que é inadmissível (excetuado no sistema do Tribunal do Júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso (...).

Conforme Nucci, a solução se encontra no fato de que a presunção de inocência prevalece perante a falha do órgão acusatório de provar o alegado, tendo em vista que aquele constitui um direito fundamental assegurado constitucionalmente ao acusado. Este é considerado inocente até que se prove o contrário sendo proferida sentença condenatória com trânsito em julgado.

Não obstante, Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Mambrini Rudolfo (2017, p. 445) argumentam no mesmo sentido, afirmando que a condenação deve ser fundamentada a partir de provas pertinentes que demonstram com certeza a autoria e materialidade delitiva, caso contrário presume-se a inocência do acusado:

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

Como mencionado anteriormente, a teoria da perda de uma chance probatória é aplicada no processo penal na medida em que o Estado, que detém o poder-dever de produzir todos os meios de prova a seu alcance, não o faz. Por isso, perde a chance de produzir a prova. Conseqüentemente, torna-se justificável a absolvição do acusado pela falta de provas possíveis.

E, nessa mesma lógica, entende a jurisprudência pátria pela aplicação da teoria da perda de uma chance como instrumento de absolvição do acusado, tendo em vista que a mera produção de provas baseadas no testemunho indireto não é meio de prova suficiente para fundamentar a condenação.

Pelo exposto, constata-se que embora o “hearsay testimony” seja admitido como elemento probatório, este por si só não é capaz de fundamentar uma decisão condenatória. É preciso que o Estado - como parte acusatória - esgote todos os meios de prova cabíveis à elucidação do caso concreto, caso contrário perderá a chance de produzir provas suficientes para ensejar a condenação do acusado.

Portanto, em observância ao princípio da ponderação de normas e princípios, uma vez configurada a perda de uma chance probatória, a absolvição do caso é a medida que se impõe, pelos motivos já demonstrados no decorrer deste trabalho.

4 A TEORIA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No ano de 1948, o Brasil aprovou a Declaração de Direitos Humanos, a qual, pela primeira vez, mencionou o princípio da presunção de inocência. No entanto, foi a Constituição Federal de 1988 responsável por incorporar expressamente tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o artigo 5º, inciso LVII da Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não obstante, o decreto nº 678/92 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabeleceu em seu artigo 8º, II o princípio da presunção de inocência: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa[...]”.

Conforme aduz Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 46), a presunção de inocência é um direito de que o acusado possui de não ser declarado culpado durante todo o devido processo legal, atribuindo a culpabilidade somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, momento no qual resta certificado que foram exercidos todos os direitos e meios de prova para rebater o alegado.

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência possui estrita relação com demais princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o contraditório, ampla defesa e o *in dubio pro reo*. Isso porque todos estão ligados a um mecanismo de defesa em favor do réu. Conforme leciona Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna⁶:

Consequência importante da adoção do *in dubio pro reo* é que, na verdade, o ônus da prova no processo penal é todo da acusação. Ora, se a acusação não provar os fatos e o juiz permanecer em dúvida, a absolvição é a medida que se impõe. Por conseguinte, o réu não precisa provar sua inocência.

A partir do supracitado é possível constatar tal relação, uma vez que ao presumir a inocência do acusado, conseqüentemente estará afirmando que este não deve provar nada. O acusador deve desconstituir essa presunção a partir de provas de

⁶ Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção (2009).

autoria e materialidade delitiva que comprovem de forma eficaz e adequada a culpabilidade do acusado, cabendo tal dever inteiramente à parte acusatória.

Não obstante, a existência de princípios e direitos *pro reo* são manuseados a fim de garantir a justiça processual e efetivar a paridade de armas, uma vez que o réu se encontra em posição de vulnerabilidade perante o poder acusatório estatal. Nessa linha, aduz Yduan de Oliveira May e Mauricio da Cunha Savino Filó em artigo exposto na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais⁷:

No Estado de Direito ninguém poderá ser julgado e penalizado sem uma defesa contraditória. O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor, para repelir o que é contra ele acusado. Tal igualação não pode ser absoluta, porque o autor e réu são posições diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes conferem vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de o acatar e a ele se submeter. Daí a necessidade da defesa poder propiciar meios compensatórios pela perda da iniciativa. A ampla defesa visa, pois, a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes.

Como já mencionado, a regra probatória consiste no ônus da acusação - Ministério Público em ações penais públicas e autor em ações penais privadas - provar os fatos alegados. Enquanto isto, é assegurado ao réu a presunção da inocência, assim como possui o direito à ampla defesa (consistente na junção da defesa técnica e autodefesa) e do contraditório (direito de informação de todas as provas já produzidas e, a partir disso, ter a oportunidade de manifestação sobre a prova que lhe é informada), sob pena de nulidade absoluta.

A partir disso, extrai-se que a formação do conhecimento pelo juiz deve ser construída em contraditório, ou seja, orientando-se pela apresentação de provas pela parte acusatória, bem como pelo exercício do contraditório por parte da defesa em que o acusado tem o direito de se resposta contra a acusação que lhe foi feita.

Considerando o encargo probatório ao órgão acusador, este deve provar de forma condizente e suficiente indícios de autoria e materialidade delitiva, utilizando para

⁷ Os princípios do contraditório e da ampla defesa como instrumentos históricos garantidores da eficácia e legitimidade do processo administrativo disciplinar. (2015, p. 149/164).

isso todos os meios de prova necessários a ensejar a condenação do réu, caso contrário, interpretam-se as circunstâncias do caso concreto em favor deste.

A inexistência de provas possíveis impede o exercício do contraditório e ampla defesa, tornando frágil o devido processo legal, uma vez que não são sanadas todas as dúvidas existentes acerca do caso concreto.

Nesse contexto, ante o conflito originado entre a presunção de inocência e a inexistência de provas suficiente para o édito condenatório, a teoria da perda de uma chance é invocada no processo penal para justificar a absolvição do acusado em razão da falta de provas realizadas pelo órgão acusatório, prevalecendo a presunção de inocência.

A partir disso verifica-se que a teoria da perda de uma chance também funciona como um mecanismo de defesa em favor do réu e é aplicada em observância aos demais princípios já mencionados neste capítulo, haja vista que diante da ausência de produção de provas possíveis para a elucidação do caso concreto pelo Estado a absolvição é a medida mais justa e adequada a ser imposta.

A condenação exige a certeza acerca da autoria e materialidade delitiva do caso concreto e, para isso são apresentadas e realizadas todas as provas possíveis para sanar qualquer indício de dúvida acerca do fato delitivo. A existência de dúvida razoável demonstra um *standard* probatório frágil, escasso e insuficiente, no qual foi oportunizado ao Estado a chance de produzir provas possíveis e, este não o faz, prevalecendo assim, a presunção de inocência.

Portanto, conclui-se que ante a perda de uma chance probatória prevalece a presunção de inocência, uma vez que cabe à acusação o ônus probatório tendo o réu o direito de se manifestar sobre toda a prova que lhe é informada e, não havendo de se falar em condenação justificada por meros indícios ou provas frágeis que não demonstram com certeza a autoria e materialidade delitiva deste.

5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO FORMA DE SOLUÇÃO PROCESSUAL

Por todo o exposto no decorrer do presente estudo, conclui-se que o instituto da perda de uma chance tanto no processo civil quanto na seara processual penal funciona como um instrumento de solução processual em face da inércia do poder estatal e da parte acusatória na produção de provas para a elucidação do caso concreto, impedindo que o réu seja prejudicado.

Nesse sentido, cumpre mencionar que, na ocorrência de suposto fato delitivo, deverá haver um processo investigatório e, posteriormente judicial para a elucidação dos fatos narrados. Desse modo é imprescindível se atentar ao princípio do devido processo legal, o qual assegura a todos um direito a um processo com todas as etapas procedimentais previstas no ordenamento jurídico, bem como que assegura todas as garantias constitucionais.

Conforme aduz Gustavo Senna Miranda (2006, p. 55/56), o devido processo legal constitui um princípio norteador de todo o sistema normativo constitucional:

Destarte, a conclusão inexorável é que o princípio do devido processo legal configura um dos princípios mais importantes do processo, já que, assegurando-se este, estar-se-á garantindo os demais princípios elencados na Constituição Federal, explícita ou implicitamente. Não por outra razão que ele é tido pela doutrina como o princípio fundamental do processo civil (e do processo penal), constituindo-se na base sobre a qual todos os princípios se sustentam. Em outras palavras, representa o gênero do qual todos os demais princípios gerais do processo são espécies.

Portanto, o devido processo legal, quer seja tomado em seu sentido mais restrito, envolvendo apenas o âmbito do direito processual, que em seu sentido lato, que abrange também a proteção aos direitos fundamentais (devido processo legal substantivo), traduz-se na mais importante garantia constitucional do processo, justamente por englobar em seu conceito todos os demais princípios basilares que devem nortear o moderno direito processual[...].

A partir deste entendimento, tem-se que os demais princípios como, por exemplo, o contraditório e ampla derivam do princípio do devido processo legal, bem como protege os direitos fundamentais, estes essenciais ao indivíduo. Ainda, mister se faz ressaltar que a inobservância do devido processo legal acarreta a nulidade processual. Isso porque, como princípio norteador, o devido processo legal

garante ao indivíduo - seja ele autor ou réu - um processo justo e a igualdade de tratamento das partes do processo no exercício de seus direitos e deveres.

Pois bem. Nesse contexto, a inércia do Estado na produção de provas suficientes a ensejar um édito condenatório, viola o devido processo legal, uma vez que como parte acusatória, detinha o poder-dever de produzir todas as provas para a elucidação dos fatos no caso concreto, mas não o faz, não sendo justo que o acusado seja prejudicado em razão de negligência do poder estatal.

Nessa toada, vê-se que a utilização da perda de uma chance probatória observa o devido processo legal, pois, impede uma condenação injusta e arbitrária, bem como funciona como meio garantidor dos princípios do contraditório e ampla defesa do réu, impedindo que o réu seja prejudicado em razão da inércia estatal e do poder acusatório para a produção de provas.

Desta forma, a perda de uma chance se revela como solução processual, haja vista que prevalecendo-se da presunção de inocência, impede que o réu seja condenado com base em meros indícios ou provas frágeis e insuficientes, que não demonstram com certeza a autoria e materialidade delitiva deste.

Não obstante, como já mencionado, a teoria da perda de uma chance se mostra como solução processual frente à inércia do poder Estatal na produção de provas pertinentes a ensejar a condenação do acusado. Outrossim, cabe salientar a existência de casos em que o Estado – como parte acusatória por intermédio do Ministério Público, titular da ação penal – seleciona provas e elementos pertinentes que comprovem a prática da infração penal, direcionando o magistrado para um viés acusatório.

Nesse sentido, diante da evidente desigualdade processual entre acusação e acusado, este em posição de vulnerabilidade, vê-se a necessidade de atribuir poderes investigatórios ao acusado a fim de promover a paridade de armas e o equilíbrio das partes no processo penal. Para isso, há a investigação defensiva, instituto ainda não consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, que funciona como meio de garantia fundamental do acusado na medida em que efetiva os direitos de igualdade e defesa, bem como reforça os direitos fundamentais deste.

A investigação defensiva é uma espécie de investigação privada, a qual constitui na realização de atividades de natureza investigatória desenvolvidas pelo advogado do acusado visando a obtenção de elementos de prova destinados à constituição do acervo probatório relevantes para a defesa de seu cliente, bem como serve de medida de contraponto ao cenário investigativo policial.

É de suma importância mencionar que para a efetivação desta modalidade de investigação é necessário que seja comunicado previamente à Ordem dos Advogados do Brasil da localidade na qual se encontra o respectivo patrono, através de uma petição, o que se pretende apurar para assim dar início à atividade investigativa.

Nesse sentido, a investigação defensiva, assim como a teoria da perda de uma chance probatória, funciona como meio garantidor do contraditório, da ampla defesa, bem como da paridade de armas no processo penal. Isso porque o inquérito policial possui um perfil acusatório, isto é, voltado à maior formação de lastro probatório acusatório do que defensivo.

Por conseguinte, é necessário atribuir poderes investigatórios ao imputado com a finalidade de contrabalancear a investigação policial. Ainda, a investigação defensiva assegura a paridade de armas, na medida em que as informações apresentadas servirão para ampliar a cognição do Magistrado e este, por sua vez, a partir do livre convencimento motivado, terá a possibilidade de analisar o processo sob um olhar mais justo, evitando medidas descabidas e acusações temerárias.

Deste modo, extrai-se que a investigação defensiva também é um instrumento de solução processual, haja vista que a partir do *standard* probatório produzido pelo defensor do acusado e, posteriormente, introduzido nos autos do procedimento criminal, colaboram para afastar as imputações alegadas pela acusação, ampliando o campo cognitivo do magistrado para que este aplique a medida mais proporcional e adequada ao caso concreto. Ainda, funciona como solução processual frente à omissão ou ocultação de provas por parte do Estado.

Por fim, sob um ponto de vista sociológico, os institutos da perda de uma chance probatória e da investigação defensiva funcionam como um meio de solução

processual justa. Isso porque, majoritariamente, os acusados no processo penal são indivíduos marginalizados pela sociedade que não possuem condições financeiras de constituírem defesa técnica hábil capaz de realizar sua atividade profissional com o devido conhecimento técnico do devido processo legal.

Dessa forma, a investigação defensiva e a perda de uma chance reforçam os direitos e garantias fundamentais do acusado, assim como diminuem o risco de ações penais injustificadas ou com provas de autoria e materialidade insuficientes que, por sua vez, levariam à mobilização desnecessária, morosa e custosa do Poder Judiciário. Tais instrumentos *pro reo* garantem a eficiência na Justiça Penal, proporcionando ao acusado - que se encontra em situação de vulnerabilidade - um processo mais justo e igualitário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve por objeto descrever a teoria da perda de uma chance, principalmente no que tange à aplicação desta no processo penal. Para isso, o estudo partiu de forma linear, apresentando a origem e evolução da referida teoria por diversos países e, finalmente, sua chegada ao Brasil.

Já no segundo capítulo, buscou-se compreender a teoria da perda de uma chance na seara cível, no âmbito da responsabilidade civil. A teoria é aplicada quando existentes uma conduta que enseja um resultado danoso, no qual é retirado da vítima a oportunidade de obter uma chance futura melhor. Assim, deve-se analisar se a chance perdida é real e séria e não apenas uma mera expectativa. Configurada a perda de uma vantagem futura, o *quantum* indenizatório será pautado na probabilidade de ocorrência do evento perdido.

Em continuidade, no terceiro capítulo aprofundamos o estudo da teoria da perda de uma chance no processo penal, a qual recai no momento de produção de provas para a elucidação do fato delitivo. Dessa forma, partimos pela breve síntese no andamento do processo penal, bem como foi demonstrado a regra probatória, na qual o ônus de provar o alegado cabe inteiramente à acusação, não havendo distribuição da carga probatória, de modo que ao réu somente é dada a oportunidade de se manifestar sobre a prova que lhe é informada.

Ainda neste capítulo, foi realizada uma análise jurisprudencial acerca da aplicação ou não da teoria da perda de uma chance e a incidência desta em cada caso concreto. Por fim, foi demonstrado a relação entre a teoria da perda de uma chance probatória e o instituto do “hearsay testimony”, isto é, a testemunha do ouvi dizer, mencionando a aplicação e os efeitos do uso deste no decorrer da fase instrutória do processo penal.

No quarto capítulo buscou compreender a teoria sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência, de modo que se aferiu a estrita relação da perda de uma chance com os demais princípios e direitos de defesa interpretados em favor do réu. Dessa forma, restou evidente que, diante da fragilidade e insuficiência de provas possíveis produzidas pelo Estado, há a perda da chance probatória deste, prevalecendo assim, a presunção de inocência.

Por fim, no quinto e último capítulo restou demonstrado que a teoria da perda de uma chance, assim como o instituto da investigação defensiva se revelam como uma forma de solução processual, os quais observam o devido processo legal, bem como que, respectivamente, impedem que o réu seja prejudicado em face da inércia do poder estatal e da parte acusatória na produção de provas ou ainda, na ocultação e omissão de provas por parte do Estado como ente acusador durante o procedimento investigatório, garantindo ao acusado - parte em situação de vulnerabilidade - a justiça processual e a paridade de armas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Estella. **Teoria da perda da chance leva em conta frustração de oportunidade real**. Consultor Jurídico. 05 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-05/estela-aquino-teoria-perda-chance-reparacao>. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRANDÃO, Lucas de Souza Cardoso; CRUZ, Paula Caroline Cândido da. **A teoria de perda de uma chance, origens e afluentes**. Jus.com.br. 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95009/a-teoria-de-perda-de-uma-chance-origens-e-afluentes>. Acesso em: 22 de agosto de 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Agravo de Instrumento no Recurso Especial: 1364526 MS. Proc. 2012/0254859-0 MS, Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; Julg. 21/05/2019, DJe 05/06/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/719120087>. Acesso em: 23 de outubro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Agravo em Recurso Especial: 1.940.381; Proc. 2021/0242915-6; AL; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 14/12/2021; DJE 16/12/2021). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1480116653>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Recurso Especial: 1540153 RS. Proc. 2015/0082053-9 RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luiz Felipe Salomão; Julg. 17/04/2018; DJE 06/06/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/595923770>. Acesso em: 13 de outubro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Recurso Especial: 1254141 PR. Proc. 2011/0078939-4 PR, Terceira Turma; Rel. Min. Nancy Andrighi; Julg. 04/12/2012; DJe 20/02/2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865276892>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Recurso Especial: 1677083 SP. Proc. 2017/0034594-5 SP, Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas; Julg. 14/11/2017; DJe 20/11/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/523916234/relatorio-e-voto-523916261>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Recurso Especial: 1757936 SP. Proc. 2018/0050733-1 SP, Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Julg. 20/08/2019; DJe 28/08/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859217204/inteiro-teor-859217215>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**; Recurso Especial: 1662338 SP. Proc. 2015/0307558-0 SP, Terceira Turma; Rel. Min. Nancy Andrighi; Julg. 12/12/2017; DJe 02/02/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/549823032/relatorio-e-voto-549823120>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**; Apelação: 00035554520158240005 Balneário Camboriú. Proc. 0003555-45.2015.8.24.0005, Terceira Câmara Criminal; Rel. Moacyr de Moraes Lima Filho; Julg. 10/05/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/943610337>. Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**; Apelação Criminal: 00509400620218060158 Russas, 3º Câmara Criminal; Rel. Marlúcia de Araújo Bezerra; Julg. 23/08/2022, Publicação 23/08/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1623035579>. Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**; Apelação Criminal: 01163457720188060001 Fortaleza, 3º Câmara Criminal; Rel. Marlúcia de Araújo Bezerra. Julg. 02/08/2022; Publicação: 02/08/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1608402524>. Acesso em: 24 de outubro de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 - Parte Geral**. 27. ed. Editora Saraiva, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. **Precisamos falar sobre a teoria da perda de uma chance no processo penal**. Empório do Direito. 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/precisamos-falar-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal>>. Acesso em: 09 de novembro de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.7. 32.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

HIGA, Flávio da Costa. **A Perda de uma Chance no Direito do Trabalho**. 2011. 302 f. Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho – Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-085655/publico/gravacao_versao_completa_09_05_2011_Flavio_da_Costa_Higa.pdf. Acesso em: 23 de agosto de 2022.

JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LENHARDT, Augusto. **A Teoria da Perda de uma Chance na Aplicabilidade dos Tribunais Brasileiros: Possibilidades e Tendências**. 2016. 84 f. Monografia do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016augustolenhardt.pdf>. Acesso em: 22 de agosto de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES Junior, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Testemunho “hearsay” não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Consultor Jurídico. 30 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 – Coleção temas fundamentais de direito; v.5.

MOTTA, Rosana Lúcia Vieira; Pitta Renata. **Da Perte D'une Chance de Guérison à Perda de uma Chance: Direito Comparado e Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 2013. 15 f. Artigo Acadêmico Graduação de Direito – Curso de Direito da UNIFACS – Universidade de Salvador. Salvador, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. - 2. ed. rev., atual. e ampl. com a obra “O valor da confissão como meio de prova no processo penal” - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, 2013. v. 14, n. 2, p. 291-320.

REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória - FDV, 2015. v. 16, n. 2, p. 149-164.

ROSA, Alexandre Morais da e RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal**. In Revista Brasileira de Direito. Vol. 13, nº 3, dez. 2017, pp. 455/471.

SAMPAIO, Denis. **A aplicação da teoria da perda de uma chance probatória no Júri**. Consultor Jurídico. 29 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-29/tribunal-juri-possivel-aplicacao-teoria-perda-chance-probatoria-juri>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

STJ. **Informativo de Jurisprudência nº 466**. Site do Superior Tribunal de Justiça. 07 a 18 de março de 2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=perda+e+chance+e+s%E9ria+e+real&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 de agosto de 2022

STJ. **STJ aplica teoria da perda de uma chance e condena escritório de advocacia por desídia em ação**. Site do Superior Tribunal de Justiça. 07 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07042022-STJ-aplica-teoria-da-perda-de-uma-chance-e-condena-escritorio-de-advocacia-por-desidia-em-acao>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.