

A NOVA CONCEPÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE NEW CONCEPTION OF THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE AND ITS (IM)POSSIBILITY OF APPLICATION IN THE CRIMINAL PROCEDURE BRAZILIAN

Anne Karoline Brandão dos Santos¹
Álvaro Raphá Lemos Guerra²
Avelino de Negreiros Sobrinho Neto³
Danilo Leoni Guedes Nogueira⁴
Maria José Fernandes do Carmo⁵

RESUMO: O presente trabalho realiza uma abordagem sobre o dever do Estado quanto ao entendimento da teoria da perda de uma chance e sua aplicação no processo penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Objetivando com isso, constatar a aplicabilidade da responsabilidade imposta pela teoria da perda de uma chance sobre a ótica e enuncias do processo penal. Questionando-se para tanto, diante das recentes discussões sobre a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, como os tribunais vêm a possibilidade da utilização desta, em relação as provas e procedimentos no processo penal? Como metodologia para a discussão da temática, adotou-se como base de investigação o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, do tipo descritivo, com a utilização de artigos, códigos jurídicos, Constituição Federal, *internet* e de livros em si. Enfatizando os reflexos dos estudos em legislações, doutrinas e jurisprudências. O presente trabalho resultou num entendimento majoritário quanto da possibilidade da teoria da perda de uma chance no processo penal em razão dos casos apresentados, dependendo-se para tanto, que os interessados ou membros do judiciário entenda dos pré-requisitos essenciais para sua caracterização na seara processual penal.

486

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance. Processo Penal. Aplicabilidade.

¹Bacharel em Direito Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP.

²Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP.

³Especialização em Ciências Penais. Universidade Anhanguera – UNIDERP.

⁴Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Universidade Cândido Mendes – UCM.

⁵Mestre em Educação. Universidad Del Norte – UNINORTE.

ABSTRACT: The present work takes an approach to the State's duty regarding understanding the theory of loss of a chance and its application in the criminal process within the Brazilian legal system. With the aim of verifying the applicability of the responsibility imposed by the theory of loss of a chance on the perspective and statements of the criminal process. Asking the question, how is it possible to use the theory of loss of a chance in relation to evidence and procedures in criminal proceedings? As a methodology for discussing the topic, the deductive method was adopted as a basis for investigation, through bibliographical research, of a descriptive type, using articles, legal codes, the Federal Constitution, the internet and books themselves. Emphasizing the reflections of studies on legislation, doctrines and jurisprudence. The present work resulted in a majority understanding of the possibility of the theory of loss of a chance in the criminal process due to the cases presented, depending on the interested parties or members of the judiciary understanding the essential prerequisites for their characterization in the field. criminal procedure.

Keywords: Loss of a chance theory. Criminal proceedings. Applicability.

INTRODUÇÃO

A teoria pela perda de uma chance é analisada, as situações em que a vítima perde a chance de alcançar um resultado, seja por um benefício almejado que não se concretizou, ou pela cessação de um prejuízo que veio a ocorrer em decorrência da conduta de um terceiro. Tais danos causados pela perda de uma chance muitas das vezes pode ser irreversível na vida do sujeito, portanto, por ser uma corrente, nascida na França, difundindo-se pela Itália, até chegar ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda está em constante discussão e desenvolvimento nos tribunais brasileiros, mesmo que, sua aplicação tem se tornado mais frequente no dia a dia dos magistrados, difundindo-se o conceito entre os próprios juristas.

A teoria da perda de uma chance tem origem civilista (direito francês), no entanto essa perda de uma chance, precisa ser séria e razoável e quando a sua (im)possibilidade no direito processual penal, ainda é um problema de aplicabilidade quanto a sua utilização, pois, não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, sendo assim, essa teoria pode e deve ser aplicada dentro do Direito Processual Penal Brasileiro.

Esse estudo se torna importante quando a sua relevância para a sociedade, levando em consideração a preocupação social para a reparação dos danos que podem se agravar quando produzidos no âmbito das relações de processos privativos de liberdade, como as da seara criminal, já mencionando que tais atos ilícitos podem causar danos irreversíveis da

vida das pessoas, principalmente porque sua característica principal é gerar uma reparação pelo dano sofrido pela oportunidade perdida.

Desse modo, tem-se como finalidade da pesquisa, apresentar a origem e a natureza jurídica dessa teoria da perda de uma chance; identificar casos de responsabilidade na qual é aplicado pela teoria da perda de uma chance na seara cível, administrativa e criminal e analisar a (im)possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito processual penal brasileiro.

Em que pese a discussão acima, e para ocasionar a facilidade de entendimento sobre a temática, distribui-se o estudo em três momentos, sendo o primeiro será para entender os aspectos de origem e natureza da teoria da perda de uma chance, acrescentando já em sua discussão, os posicionamentos dos tribunais nacionais em relação a essa teoria. O segundo, foi apontado alguns casos jurídicos reais em tramitação no judiciário brasileiro, em que se utilizou da teoria da perda de uma chance, como mecanismos de suas decisões prolatadas. Para então, em seu terceiro momento, chegar-se a discussão mais especializada, esboçada pela legislação brasileira, doutrinas e jurisprudências, em que ponderam a utilização da teoria da perda de uma chance, em que se analisaram aspectos que almejam a aplicabilidade ou não, da teoria no âmbito do processo penal brasileiro.

1 ORIGEM DA A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é oriunda da França, segundo ela, se alguém praticar um ato ilícito de forma negligente, e fazer com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter vantagem ou evitar um prejuízo, tais condutas faz com que seja indenizado pelos danos causados, sendo na situação o indenizado não o dano, mas, a oportunidade ou chance perdida. Nesse contexto destaca que: O caso mais antigo de que se tem notícias foi no final do século XIX, quando a Corte de Cessação Francesa, em 17 de julho de 1989, indenizou um demandante pela perda da chance de obter decisão jurisdicional favorável, em razão da atuação culposa do auxiliar da justiça, que, por mau procedimento, obliterou todas as suas possibilidades de lograr êxito na demanda (Noronha, 2005, p.28).

Na França essa teoria engloba todas as situações que envolve a perda de uma chance, na qual ampara a vítima em situação de difícil comprovação de nexos causal. Essa teoria defende que para que haja a comprovação da chance é necessário que, ao se retirar a conduta

do ofensor, o ganho esperado não dependerá de outros fatores para ocorrer. Essa teoria tem como base, analisar o dano na qual sua existência é incerta, mas, com a falta de oportunidade (perda de uma chance) tida pela vítima, dificulta a mesma de obter algum benefício ou amenizar algum prejuízo. Sendo assim, para os franceses essa reparação é equivalente de acordo com a probabilidade do benefício esperado. Segundo (Savi, 2006, p. 3 *apud* Mota, 2007, p. 18) define quanto a Responsabilidade Civil em relação a teoria da perda de uma chance:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Essa teoria expandiu e ganhou espaço em outros países como a Itália, Estados Unidos e no Brasil. A doutrina italiana atribuiu à perda de uma chance (*perdita di una possibilità*) uma natureza dupla: no seu etiológico consiste na determinação de compensação proporcional à probabilidade da existência de uma relação causal e, na sua forma ontológica, a oportunidade é compensável em si, de forma autônoma a partir do produto final. Ambas são figuras distintas de dano, portanto, devem ser levadas ao conhecimento do juiz que analisará junto ao caso concreto, utilizando-se de presunções, regras jurisprudenciais ou da própria lei.

Nos Estados Unidos a teoria da perda de uma chance em primeiro momento ganha espaço na seara médica, sendo como uma teoria de “causalidade probabilística” na qual só é aplicada em casos de negligência médica e erros de diagnósticos. Mas essa teoria tem expandido e ganha força na qual é aplicada em todos os casos de causalidade questionável. Mais especificamente, o Tribunal de Apelação do 7º Circuito vem aplicando a teoria em outros âmbitos

1.1 Natureza jurídica da teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance cada vez mais ganha força na doutrina e nos tribunais pátrios, sendo muito discutida dentre os estudiosos do direito. Nas doutrinas quando a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance existe duas definições que precisam ser atualizadas: sendo uma delas que a perda de uma chance é advinda do nex

causal parcial, ou seja, com o resultado final, por outro lado é entendida que a mesma é um dano autônomo. Defendendo assim que tenha a existência do dano e o nexo causal. Sendo esses fundamentais para estudo de sua natureza como para a possível indenização. Segundo (Gondim, 2005. p. 23 *apud* Mota, 2007, p. 38).

A teoria da perda de uma chance, como é comumente denominada, objetiva a indenização da vítima que teve frustrado o seu objetivo. O dano em si, não será imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas; todavia, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta (grifo nosso).

Essa teoria da perda de uma chance busca indenizar a oportunidade perdida através da análise da probabilidade da ocorrência de determinado fato caso não houvesse a interrupção causada por um terceiro, como já foi mencionado essa indenização não é do dano, mas sim, da oportunidade perdida de realizar o objetivo ou evitar determinado prejuízo. Segundo (Silva, 2007. p. 21 *apud* Mota, 2007 p. 42) o “nexo de causalidade é um dos requisitos fundamentais para a ação indenizatória, uma vez que avalia a ligação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima”.

É considerado a perda de uma chance como um dano autônomo. Sendo a frustração de não ter atingido uma vantagem esperada. Essa perda de oportunidade é um dano específico na qual é independente do resultado final sendo essa vantagem esperada perdida definitivamente. Segundo entendimento da corrente majoritária quanto a natureza jurídica da teoria e do dano sobre o assunto, escreve (Reis, 2002, p. 110 *apud* Mota, 2007, p. 44):

O dano, na visão contemporânea, não deve ser considerado como mera ofensa aos bens econômicos, mas, sobretudo, um processo de modificação da realidade material e imaterial. É necessário compreender, segundo nosso ponto de vista, que a ofensa, quando atinge interesses da pessoa, causando alteração da situação natural em que eles se encontravam anteriormente, produz um prejuízo em face de mencionada alteração do estado das coisas. Nesse caso, qualquer que seja a modificação ocorrida na realidade, refletirá na esfera do mundo patrimonial ou extrapatrimonial do lesionado.

Para que haja a aplicação dessa teoria é necessária a presença de alguns requisitos. O primeiro é a conduta daquela pessoa que frustrou determinada expectativa, na qual essa conduta deve ser sempre um ato ilícito, nessa situação não importa se seja ato ilícito (intencional ou não) que retire a oportunidade da pessoa.

Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O segundo é o nexo de causalidade, ele é aquilo que liga esse ato praticado ao potencial prejuízo da pessoa, ou seja, é a relação entre o ato e a perda da oportunidade. E

por último a não existência de certeza de sucesso, ou seja, não pode ter a certeza que determinada pessoa chegaria com êxito em determinada situação, existindo assim a chance que ela obtenha resultado ou seja a possibilidade de ter alcançado o objetivo.

1.2 Novo paradigma solidarista da responsabilidade civil

Com as necessidades da sociedade o direito ele sofre mudanças para atender os anseios sociais. A responsabilidade civil é um instituto jurídico que tem a finalidade de impor ao causador ou ao terceiro que causou um dano ou prejuízo a outrem a reparação do mesmo. Dispõe o Código Civil em seu artigo 927: Haverá a 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.

Com os avanços da sociedade quanto a forma da responsabilidade civil, ela sofre modificações, pois, a concepção individualista vai sendo substituída pela concepção solidariedade sendo amparada com a finalidade de proteção da autonomia da vontade e proteger a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, com essas mudanças a solidariedade social, portanto, promoveu profunda alteração na própria função atribuída à responsabilidade civil, na medida em que gradativamente se passa de uma concepção que visava punir e repreender condutas tidas por negligentes para uma ideia de tutela da vítima e reparação do dano (Schreiber, 2012, p. 222-223 *apud* Ruas, 2015, p. 12).

Vale destacar que essa responsabilidade para o modelo solidarista tem como base e fundamento a Constituição de 1988, tem como foco a pessoa lesada, buscando todas as possibilidades para a reparação dos danos injustos por ela enfrentados e com essa nova forma de responsabilização surgiu novas situações em que os danos causados são cabíveis de reparação, como o dano à imagem, dano estético e também pode ser citado o dano da oportunidade perdida. Quando essa reparação é analisada sobre a ótica da oportunidade perdida defendo (Savi, 2009, p. 109 *apud* Rocha, 2010, p. 51):

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, possível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.

Portanto, o dano indenizado é o dano potencial, busca indenizar não a vantagem que a pessoa teria no futuro, mas sim, é indenizar a oportunidade de se alcançar essa vantagem patrimonial ou não patrimonial. Nessa situação, de indenização pela oportunidade perdida os pressupostos necessários são, a conduta e o nexo de causalidade tendo como objetivo a oportunidade, ou seja, a chance perdida.

1.2.1 A teoria da perda de uma chance no Supremo Tribunal Federal brasileiro

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já reconheceu a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance, em suas decisões, principalmente nos casos em que é reconhecida a responsabilidade objetiva, à luz do disposto do artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

A exemplo disso tem-se o julgado Recurso Extraordinário: RE nº 1292292, julgado em 09/10/2020, pelo relator Marcos Aurélio, que reconheceu a responsabilidade objetiva de um hospital, posto que o mesmo, não empregou todos os possíveis cuidados necessários com vistas a evitar o resultado de morte. Desse modo, foi entendido que estaria diante da aludida teoria da perda de uma chance, visto que, segundo o mesmo, o dever de indenizar se originou na perda da oportunidade de se obter uma vantagem, na hipótese, a perda de uma chance do restabelecimento da saúde da filha da recorrida.

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1292292 PA - Ementa: DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA FÁTICA - INVIABILIDADE - SEGUIMENTO - NEGATIVA. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Pará confirmou o entendimento do Juízo quanto à condenação ao pagamento de danos morais. No extraordinário, o recorrente aponta violados os artigos 37, § 6º, e 102, inciso III, da Constituição Federal. Afirma não haver prova do elemento subjetivo e do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade estatal. Sustenta não ser objetiva a responsabilidade do Estado. 2. A recorribilidade extraordinária é distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido, na maioria das vezes procedida mediante o recurso por excelência - a apelação. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pela Corte de origem, considerando-se as premissas constantes do acórdão impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o Verbete nº 279 da Súmula deste Tribunal: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Eis a síntese do acórdão recorrido: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DE PACIENTE RECÉM-NASCIDA PARA UNIDADE DE SAÚDE ESPECIALIZADA. ÓBITO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS IN RE IPSA. CONDENAÇÃO DO RECORRENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA MODIFICADA PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1. Em se tratando de responsabilidade civil do Poder Público, o direito positivo brasileiro consagra a

teoria do risco administrativo. O artigo 37, § 6º, da Constituição da República estabelece o princípio da responsabilidade civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, de modo que a pessoa jurídica de direito público responde, sempre, desde que haja a demonstração de nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo sofrido, independentemente da existência de dolo ou culpa do agente, uma vez que este último critério tem aplicabilidade em casos de ação regressiva. 2. Denota-se incontroverso nos autos, que a filha da recorrida nasceu no dia 16/05/2008, todavia, devido ao seu nascimento prematuro, a recém-nascida foi transferida diretamente à Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do Hospital Regional de Tucuruí e que, após 20 (vinte) dias de internação, foi diagnosticada com cardiopatia congênita, necessitando, assim, do Tratamento Fora de Domicílio (TFD) para fins de realização de exame na capital, conforme indicação médica. Entretanto, em razão do translado não ter sido realizado a tempo, a infante veio a óbito no dia 14/07/2008. 3. Desse modo, deve ser reconhecida a responsabilidade objetiva do apelante, à luz do disposto do artigo 34, § 6º, da Constituição da República, posto que não dispensou todos os cuidados necessários com vistas a evitar o resultado morte, de modo que, incide, no caso, a aludida teoria da perda de uma chance, segundo a qual o dever de indenizar se origina da perda da oportunidade de se obter uma vantagem, na hipótese, a perda de uma chance do restabelecimento da saúde da filha da recorrida. 4. Registre-se, por conseguinte, que não se trata, no caso, de responsabilidade civil pelo falecimento da filha da apelada, eis que não restou demonstrado nos autos que a ausência relativa à liberação do Tratamento Fora de Domicílio (TFD) foi causa direta para a morte da paciente, mas sim por não ter sido providenciado, a tempo, o tratamento indicado que visava a sua recuperação. 5. No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$100.000,00 (cem mil reais) pela instância de origem, não se mostra desproporcional aos danos sofridos pela apelada, tendo em vista a morte de sua filha recém-nascida que poderia ter sido salva caso houvesse a liberação a tempo do Tratamento Fora de Domicílio (TFD). Precedente do STJ. 6. Relativamente aos juros de mora e correção monetária, deve-se observar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947, em sede de repercussão geral, consignou que em se tratando de débitos judiciais da Fazenda Pública, deve ser aplicado o IPCA-E como índice de correção monetária, a fim de guardar consonância com as decisões da Corte na questão de ordem das ADIS 4357 e 4425 e juros de mora nos moldes do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. 7. Não são devidos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Inteligência da súmula nº 421 do STJ. 8. Apelação conhecida e provida parcialmente. Em reexame necessário, sentença modificada em parte. À unanimidade. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos à decisão atacada, buscando-se, em última análise, conduzir esta Corte ao reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar a viabilidade do recurso. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 9 de outubro de 2020. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.

É sabido que a teoria da perda de uma chance foi originalmente desenvolvida na história, especificamente, na França, para dar respostas aos embaraços derivados dos complexos meios de se indenizar as pessoas, visto a minimizar a frustração de uma oportunidade de ganho, nas hipóteses em que há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão. Mesmo assim, existem situações que o Supremo Tribunal Federal não interpreta correlações, para aplicação da teoria da perda de uma chance,

como ocorreu na decisão do Recurso Extraordinário: RE 1287947 - SP - 1007906-78.2019.8.26.0189, senão, veja-se:

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1287947 SP 1007906-78.2019.8.26.0189 - Ementa - Decisão - DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROJETO DE LEI RELATIVO À EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. OMISSÃO DO ESTADO NO ENVIO AO PODER LEGISLATIVO. PERDA DE UMA CHANCE. REPARAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELO TEMPO DA MORA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. FATOS E PROVAS. RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULA 284/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Vistos etc. Contra o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, maneja recurso extraordinário, com base no art. 102, III, da Lei Maior, o Estado de São Paulo. Aparelhado o recurso na afronta aos art. 37, X, XIII, e 96, II, b, da Constituição Federal. É o relatório. Decido. Preenchidos os pressupostos extrínsecos. Da detida análise dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do apelo veiculado na instância ordinária, em confronto com as razões veiculadas no extraordinário, concluo que nada colhe o recurso. Transcrevo, no que interessa, a ementa do acórdão recorrido: “Recurso inominado – Servidora Pública Estadual – (...) - Pretensão de envio de projeto de lei com vistas à equiparação dos vencimentos dos cargos de Assistente Judiciário com o de Assistente Jurídico amparada na Resolução nº 219/216 do CNJ, art. 39, § 1º, da Constituição Federal e art. 129, § 1º, da Constituição Estadual – Súmula Vinculante 37 do STF não aplicável, pois não foi determinado o aumento de vencimento – Omissão do Estado no envio do projeto acarreta o direito à indenização pela aplicação da teoria da perda de uma chance – Valor fixado adequadamente – Recurso improvido.” Pretende a parte recorrente a revisão do julgado ao argumento de que “a r. decisão vinculou e equiparou os vencimentos de cargos em comissão distintos, sem previsão em lei específica”. Entretanto, está no voto condutor do acórdão recorrido que “não foi determinado pelo MM. Juiz o aumento dos vencimentos da servidora e nem a equiparação dos cargos, mas apenas reconhecido que houve uma omissão no envio de projeto de lei para tratar desse assunto e que em razão disso a autora faz jus ao recebimento de indenização por conta dos prejuízos sofridos”. Aplicável, na espécie, o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Ainda que não se ressentisse o recurso quanto ao pressuposto, melhor sorte não colheria, porquanto compreensão diversa do entendimento adotado pelo Tribunal de origem demandaria a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável, bem como o revolvimento da moldura fática delineada no acórdão recorrido, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Aplicação da Súmula 279/STF. Na esteira da Súmula 636/STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” Dessarte, desatendida a exigência do art. 102, III, a, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal. Colho precedentes: “EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DIRETOR DE SERVIÇO APOSENTADO. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO AO CARGO DE DIRETOR DE DIVISÃO. LEIS COMPLEMENTARES 980/2005 E 1.111/2010 DO ESTADO DE SÃO PAULO. AGRAVO INTERNO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS SUFICIENTES À MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO” (ARE 1116451-AgR, Rel. Min. Luiz

Fux, 1ª Turma, DJe 13.6.2018). “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Servidora pública estadual inativa. Paridade de vencimentos e proventos. Lei Complementar Estadual 980/2005 e 1.111/2010. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Súmula 280 do STF. Precedentes. 5. Incidência do tema 439 do regime da repercussão geral. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. Verba honorária majorada em mais 10%” (ARE 1203808-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 09.10.2019). Por conseguinte, não merece seguimento o recurso extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. Nego seguimento (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 22 de setembro de 2020. Ministra Rosa Weber Relatora

De todo o modo, não se vê tantas decisões favoráveis no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista não se chegar ao ponto de sua participação nos processos, tendo-se a maioria já resolvidas e reconhecidas no Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá a seguir.

1.2.2 A teoria da perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça brasileiro

Já mencionado no presente artigo, a teoria da perda de uma chance é nova no ordenamento jurídico brasileiro e não tem uma previsão legal explícita no mesmo, mas o Superior Tribunal Federal brasileiro em alguns julgados adotou essa teoria. Sendo um dos casos mais emblemáticos é o caso “Show do Milhão”.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ - REsp: nº 788.459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334)

Na situação apresentada, a teoria da perda de uma chance é aplicada em virtude da pergunta ser mal formulada causando danos à autora no momento e fazendo com que não obtivesse uma resposta concreta, sendo assim tendo a perda da chance de ganhar o valor máximo ofertado pelo programa. A Quarta Turma identificou no caso a perda da chance real e séria de a recorrida responder corretamente a última pergunta do “Show do Milhão”, na qual poderia lhe render vantagens.

Dento da seara médica existem alguns julgados quanto a teoria da perda de uma chance, quando há a negligencia do profissional da medicina, e o paciente perda a sua oportunidade de alcançar um resultado favorável à sua saúde.

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 nº 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: nº 1.677.083 SP 2017/0034594-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017)

Diante da situação apresentada, que a atuação negligente dos profissionais médicos que nos primeiros contatos com o paciente verificando a gravidade da doença e que um simples hemograma retirou a chance de ter uma vantagem quanto ao tratamento correto, nessa situação apresenta uma situação real, na qual caracteriza uma chance perdida como o dever de indenizá-la.

Portanto, apesar de não ter uma lei para a aplicação dessa teoria da perda de uma chance é possível verificar a importância de sua aplicação nos casos analisados em que a

mesma foi amparada pelo Superior Tribunal de Justiça, com a utilização dos argumentos adequado e a sua comprovação de aplicação correta da teoria.

2 CASOS MISTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL APONTADOS NO BRASIL EM QUE EVIDENCIAM A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No Brasil existe um significativo número de casos nos quais foram aplicados a teoria da perda de uma chance, tanto na seara administrativa, civil e criminal. Destaca o julgado do caso da possível perda de uma chance na situação em que houve o descumprimento de contrato de coleta de células tronco embrionária, em que os pais contratam determinada empresa e a mesma não compareceu e nem justificou o seu motivo de não comparecer para recolher as células tronco da criança. A criança teve a chance perdida de no futuro fazer a utilização do material em situações possíveis caso fosse desejado.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMACHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1.Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2.Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se incluem o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. **A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.** 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, **bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.** 5.Characterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6.Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8.RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Recorrente: Carlos Márcio Da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.08.2014) (grifos nosso)

Outra situação que é tirada da pessoa a oportunidade de obter uma vantagem futura por negligência de terceiros é o caso do vereador que não é eleito devido as notícias falsas que foram publicadas em um jornal, tendo a sua oportunidade violada de ser eleito, na

situação é séria e razoável e o dano é certo. O julgado do Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais relata:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação. II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido. (STJ - REsp: nº 821.004 MG 2006/0035112-2. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2010)

Essa teoria também é aplicada no meio da advocacia, quando ocorre a negligência do advogado quanto a causa do cliente, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul aborda sobre a indenização pela perda de uma chance em uma situação em que o advogado agiu com negligência, na qual não informou ao cliente sobre o extrativo dos autos judiciais assim como, não foi diligente quanto a sua necessária restauração:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991) (TJ-RS - AC: nº 591064837 RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Data de Julgamento: 29/08/1991, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

Quanto aos erros médicos existe um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, situação em que uma pessoa estava com câncer e o médico então, sem consultar o paciente, optou por um determinado tratamento, no entanto era um tratamento não recomendável para aquela situação, com isso o paciente teve a situação da sua doença agravada e consequentemente acabou falecendo.

Nessa situação é aplicável a teoria da perda de uma chance para os familiares, pois, porventura se ele estivesse utilizado o tratamento adequado sem ter a certeza de quanto tempo aquela pessoa viveria ou se ela viveria por mais tempo, mas havia uma probabilidade de ela viver mais tempo utilizando seu tratamento adequado, ou seja, a chance existia.

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (STJ - REsp: nº 1.254.141 PR. 2011/0078939-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2013 RDDP vol. 122 p. 161 RSTJ vol. 229 p. 320).

Quanto ao da atividade empresarial existe um julgado que trata do mercado de ações, no qual uma pessoa entregou suas ações para uma consultoria de investimento para ela fazer essa administração, e ficou acordado que a consultoria só faria as movimentações de ações sempre comunicando previamente ao cliente. No entanto a consultoria realizou a venda de ações de uma determinada empresa sem cumprir o acordo e logo após houve um potencial de crescimento no valor dessas ações.

Nessa situação se no futuro o cliente tivesse vendido essas ações ele ganharia mais do que ele ganhou com aquela venda precipitada, era certeza que essas ações iam crescer no momento da venda? Havia uma probabilidade de crescimento, sendo assim, havia a perda de uma chance.

RECURSO ESPECIAL. AÇÕES EM BOLSA DE VALORES. VENDA PROMOVIDA SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DANO CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DAS AÇÕES COM MELHOR VALOR, EM MOMENTO FUTURO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. "A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado" (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012). 2. Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. 3. No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação. 4. 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. 5. 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. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: nº 1.540.153 RS 2015/0082053-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/04/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2018).

Diante das situações apresentadas, é possível verificar, decisões favoráveis ou não, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicação da teoria da perda de uma chance ou seus critérios que deveriam ter sido observados para a sua conexão em diversas áreas e situações vivenciadas na qual existe a aplicabilidade da teoria perda de uma chance de forma séria e real. O que fomenta a ideia da pesquisa, quanto ao ramo do Direito Processual Penal quanto a existência de sua (im)possibilidade para a aplicação dessa determinada teoria, e almejando isso, será abordado em tópicos seguintes, casos que envolvem a aplicação ou não da mesma na seara do Direito Processual Penal.

3 (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A teoria da perda de uma chance foi transplantada do direito civil para o direito penal, ou seja, a possibilidade da aplicação dessa teoria foi através de Alexandre Morais de Rosa e Fabiana Mambrini Rudolfo (2017) quando escreveram que em um processo democrático não pode o acusador se dá por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, eximindo-se das demais possíveis, que estejam ao seu pleno alcance, mormente diante das tecnologias ora disponíveis.

Assim, para além da discussão quanto “à busca da verdade real”, e da “inversão do ônus da prova”, é inadmissível que o Estado deixe de produzir provas acusatórias e presuma a culpa do acusado; torna-se possível, assim, a aplicação de teoria oriunda do Direito Civil, ainda que necessária certa cautela quando de sua importação. Será necessária adaptação contextual.

No âmbito processual penal a teoria da perda de uma chance emergente do direito civil ela recebe um outro nome, com complemento probatório ou seja seria a teoria da perda de uma chance probatória, o seu próprio nome já faz referência ao campo de estudo dessa teoria no processo penal, sendo a produção de provas, com a finalidade de proteger o réu dos processos nas quais não tem a produção de provas da forma como deveria ter ou seja quando se tem a produção a quem do que se deveria ter, na qual é o dever da acusação promover e do Estado pedi, sendo assim o réu será absorvido com esse fundamento, por ter sido violado sua oportunidade tendo a perda de produzir provas que poderiam ser inocentado.

Alguns doutrinadores como, João Carlos de Souza e Castro, Vivaldo Barbosa Santos, Maria da Penha Lino, entre outros, defendem a ideia de que a teoria da perda de uma chance em situações probatórias não é aplicável ao Processo Penal brasileiro, por não ter na legislação um dispositivo que contempla essa teoria. Assim como, pelo fato de o Brasil adotar um sistema acusatório, em que as partes envolvidas são fornecedoras de provas suficientes para a fundamentação judicial. Entendendo que não há espaço para eventuais danos, negligencias ou até mesmo falta de ação por parte do acusado que poderia ter causado a perda de uma chance.

Acreditam que, a aplicação dessa teoria por parte dos juízes e tribunais tem sido ineficaz e, atualmente, é considerada inaplicável. Portanto, eles defendem que, de acordo

com o Código de Processo Penal brasileiro e a Constituição Federal, não é possível aplicar a teoria da perda probatória em casos concretos, já que não se encontra prevista no ordenamento jurídico.

Já para os doutrinadores que defendem a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda Probatória no Processo Penal Brasileiro, declaram que, ela possibilita a produção de provas quando o Estado está limitado pelo ônus da prova. Essa teoria dispõe de mais instrumentos para que o Estado possa utilizar para apresentar seu caso diante do princípio da inocência até provar o contrário. Assim como, sua aplicação protege o réu de ser considerado responsável por ato criminoso, que não cometeu, mas para os quais não pode apresentar provas suficientes para inocentar-se. Sendo assim, essa teoria garante que o réu não seja condenado injustamente.

Segundo Rosa e Rudolfo (2017), nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) -, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída. E é justamente no conteúdo dos parênteses que reside o grande problema: como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória? Apontou-se.

Que nenhuma prova seja desprezada, ou seja não importa de que prova se esteja falando, pois, toda prova possível deve ser produzida, assim como preceitua o artigo 6º do Código de Processo Penal: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. No entanto pode acontecer que, a autoridade policial e o Ministério Público produzam apenas uma parcela das provas (as que consideram suficientes para a condenação) e deixa de produzir outras provas possíveis. Autoridade que acusa deixe de produzir todas as provas possíveis, pois no entender do mesmo, as provas já produzidas embora não sentem todas as possíveis são suficientemente claras para comprovar a materialidade do fato.

Caso isso ocorra e a defesa conseguir demonstrar que a prova não produzida poderia inocentar o réu (perda de uma chance probatória) não deve haver condenação. Segundo a 5ª Turma do Superior Tribunal Federal: se a acusação não produz todas as provas possíveis e

essenciais para elucidação dos fatos, está caracterizando a perda da chance probatória, e consequentemente, a condenação se mostra inviável:

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 CONDENAÇÃO. 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: nº 1.940.381; AL 2021/0242915-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/12/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2021)

Outra situação que foi possível de aplicação da teoria da perda de uma chance probatória foi julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) situação em que reconheceu a sua aplicabilidade e reafirma decisão que absolve acusado de tráfico de drogas por falta de provas. Que existindo câmeras de vigilância no local, a juntada da filmagem aos autos é necessária para aferir as reais condições em que ocorreu o delito e avaliar sua autoria ou excludentes de ilicitude. Para exemplo existe o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP): Homem acusado de tráfico de drogas. Negou o crime e afirmou que imagens de câmeras de segurança da farmácia em frente ao local dos fatos poderiam comprovar sua inocência. A Defensoria Pública de São Paulo pediu a produção da prova com urgência logo após a prisão. Pedido foi deferido pelo Judiciário, mas com demora no cumprimento da diligencia. As imagens não estavam mais disponíveis. Tendo a perda de uma chance probatória. Réu inocentado.

504

Portanto, existindo a possibilidade da produção de uma prova cabal na qual pode gerar a inocência; indicar a inocência ou comprovar a inocência do réu e ela não foi produzida pelo Estado, existe a perda de uma chance probatória para o réu e a consequência disso é sair a inocência. Essa teoria é aplicada com a finalidade do favorecimento do réu quando o Estado deixa de produzir todas as provas possíveis e dentre as provas possíveis não produzidas estaria uma que nesse caso seria a definitiva para demonstrar, elucidar os fatos e as circunstâncias em que eles ocorreram o crime e as suas circunstâncias e que poderia inocentar o réu.

4, METODOLOGIA

A utilização dos métodos científicos é de suma importância na padronização de dados e informações que resultam no alcance dos objetivos do pesquisador. Dessa forma, quanto ao aspecto metodológico, o presente estudo se vale do método lógico-dedutivo e

hermenêutico crítico, como base de investigação, tendo como procedimento principal a revisão bibliográfica. A finalidade da investigação é precipuamente descritiva, pois pretende contribuir para o debate apresentando o tema a partir de uma nova perspectiva, já explorada. A revisão bibliográfica foi realizada por meio do acesso às seguintes bases de dados e materiais disponíveis e de livre acesso: Scielo, Periódicos Capes, Lexml, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Livros, Doutrinas, Leis e Códigos.

Para alcançar o sucesso nos objetivos preestabelecidos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica. Para Manzo (1971, p. 32), a pesquisa bibliográfica “oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizam suficientemente”. Dessa forma, a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sobre novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou fazer uma abordagem da origem do instituto da teoria da perda de uma chance e como ocorre sua (im)possibilidade de sua aplicação dentro do Processo Penal no Ordenamento Jurídico brasileiro. Fazendo uma ligação do dever do Estado com a aplicação dessa teoria. Buscando demonstrar a sua importância dentro do processo penal mesmo sem ter uma previsão legal. Como metodologia, foi utilizado revisões bibliográficas, com a utilização principalmente de julgados em que essa teoria foi aplicada com sucesso, assim como a utilização de artigos, códigos jurídicos, Constituição Federal, *internet*.

A pesquisa mostra a origem da teoria da perda de uma chance que é francesa até que chegou ao ordenamento jurídico brasileiro, que apesar de não ter uma legislação sobre a teoria foi apresentado situações das diversas áreas do direito a sua possível aplicabilidade. Apresentada sua natureza jurídica e os julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal Federal em caso em que essa teoria foi aplicada.

Foi constatado a aplicabilidade da responsabilidade imposta pela teoria da perda de uma chance dentro das enuncias do Processo Penal, na mesmo essa teoria é chamada de teoria da perda probatória sendo que, é devido a produção de todas as provas possíveis, caso

não seja analisada todas as possíveis é aplicado ao caso concreto a teoria da Perda Probatória no Processo Penal Brasileiro.

Diante do questionamento se é possível a utilização da teoria da perda de uma chance em relação as provas e procedimentos no processo penal? Diante da pesquisa apresentada, compreende-se que no direito processual penal, também é possível a aplicação da teoria, pois, nenhuma prova deve ser desprezada, ou seja, não importa qual seja a prova o que valerá é que toda prova possível deve ser produzida.

O tema dessa pesquisa caracteriza de uma importância impar para a sociedade uma vez que esclarece dúvidas e questionamentos a respeito da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, uma vez que a mesma é aplicada nas diversas áreas do ramo do direito e do cotidiano de cada pessoa. Sendo no meio familiar, criminal, empresarial, na medicina, na advocacia dentre outras. Sendo que, pode-se aplicar essa teoria caso ocorra de forma real e séria dessa probabilidade da chance perdida.

REFERÊNCIAS

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mai. 2023.

506

Brasil. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 08 jun. 2023.

Brasil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm Acesso em: 07 mai. 2023.

Brasil. Supremo Tribunal de Federal (STF). **RE: 1292292 PA**, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/10/2020, Data de Publicação: 14/10/2020.

Brasil. Supremo Tribunal de Federal (STF). **RE: 1287947 SP 1007906-78.2019.8.26.0189**, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/09/2020, Data de Publicação: 24/09/2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **AREsp: nº 1.940.381 AL 2021/0242915-6**, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 14/12/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2021.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (TJ/RS). **AC: nº 591064837 RS**, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Data de Julgamento: 29/08/1991, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Dje 29/08/1991.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **REsp: nº 821.004 MG 2006/0035112 -2**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2010)

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.291.247/RJ**. Recorrente: Carlos Márcio Da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.08.2014) (Sem grifos no original.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **REsp: nº 788.459 BA 2005/0172410-9**, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **REsp: nº 1.677.083 SP 2017/0034594-5**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/20172.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **REsp: 1.254.141 PR 2011/0078939-4**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2013 RDDP vol. 122 p. 161 RSTJ vol. 229 p. 320.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). **REsp: nº 1.540.153 - RS 2015/0082053-9**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/04/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2018.

Gondim, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

Manzo, A. J. **Manual para la preparación de monografías**: una guía para presentar informes y tesis. Buenos Aires: Humanistas. 1971.

Noronha, Fernando. Responsabilidade por perdas de chances. In: **Revista de Direito Privado**. n. 23. Julho-Setembro de 2005.

Reis, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Savi, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. P. 3.

Savi, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Schreiber, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Silva, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.