

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

FRANCIELE DA SILVA

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO PROCESSO PENAL

**Florianópolis
2018**

FRANCIELE DA SILVA

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa.

Florianópolis
2018

*Aos meus pais, que nem por um segundo
deixaram de acreditar em mim
Às minhas irmãs, fonte do meu mais puro
amor
À minha segunda mãe, que detém meu
amor e admiração*

*“Enquanto o couro do chicote cortava a carne
A dor metabolizada fortificava o caráter
A colônia produziu muito mais que cativos
Fez heroínas que pra não gerar escravos, matavam os filhos
Não fomos vencidas pela anulação social
Sobrevivemos à ausência na novela, e no comercial
O sistema pode até me transformar em empregada
Mas não pode me fazer raciocinar como criada
Enquanto mulheres convencionais lutam contra o machismo
As negras duelam pra vencer o machismo, o preconceito, o racismo
Lutam pra reverter o processo de aniquilação
Que encarcera afrodescendentes em cubículos na prisão
Não existe lei maria da penha que nos proteja
Da violência de nos submeter aos cargos de limpeza
De ler nos banheiros das faculdades hitleristas
Fora macacos cotistas
Pelo processo branqueador não sou a beleza padrão
Mas na lei dos justos sou a personificação da determinação”*

[...]

(Mulheres Negras, Yzalú)



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): *Franciele da Silva*

RG: *5.624.664*

CPF: *093.609.879-13*

Matrícula: *13201142*

Título do TCC: *A teoria do perdão de uma chance aplicada ao Processo Penal*

Orientador(a): *Alexandre Moraes de Rose*

Eu, Franciele da Silva, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 27 de junho de 2018.

Franciele da Silva

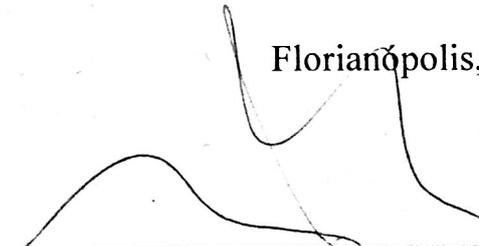
Franciele da Silva

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

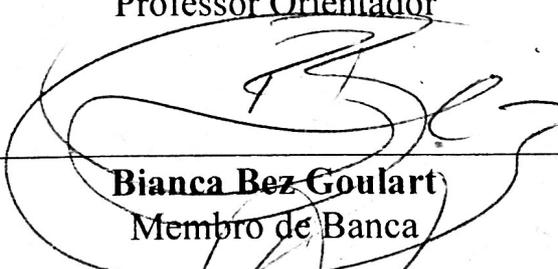
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A teoria da perda de uma chance aplicada ao Processo Penal**” elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Franciele da Silva** defendido em **27/06/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

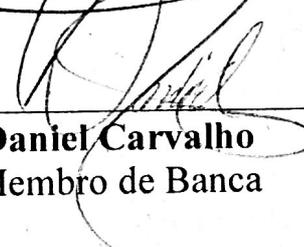
Florianópolis, 27 de junho de 2018



Alexandre Morais da Rosa
Professor Orientador



Bianca Bez Goulart
Membro de Banca



Daniel Carvalho
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Não é possível chegar à lugar nenhum sozinho. Não ao menos, com a nossa definição particular de genuína felicidade. Mesmo que não nos demos conta, sempre há alguém que contribui da sua maneira para nossas conquistas, seja com um incentivo direto seja com um sorriso.

No fim desse ciclo, inicia-se uma fase de nostalgia, de tudo que vivemos para chegar até aqui e de todos que marcaram nossa caminhada. O sentimento de gratidão se transforma aqui, em algumas palavras de agradecimento.

Aos meu pais, José e Teresinha, que nunca pouparam esforços para a realização desse sonho. As pessoas mais batalhadoras que eu conheço, que sempre colocaram as filhas antes de todas as suas escolhas. Tudo isso só foi possível pelo amor incondicional que me deram. À vocês, todo meu amor e gratidão.

Às minhas irmãs, Samara e Patrícia, minhas melhores amigas e confidentes. Obrigada por, mesmo com toda a distância, serem tão presentes na minha vida, sorrindo meu riso e secando minhas lágrimas. Meu amor por vocês é muito maior do que eu sou capaz definir.

Como se todo esse amor não fosse suficiente, Deus me deu uma segunda mãe. À tia Marlei, por sempre me tratar como uma filha, por ser meu anjo e, uma das pessoas mais importantes na minha vida.

Nada foi tão difícil nessa caminhada, quanto estar longe da família.

Aos amigos que cruzaram o meu caminho, mesmo os que já não estejam ao meu lado. À Karol, Lucas, Sidnei e Fabiano, que em diversos momentos suprimam um pouco da saudade de casa, fazendo com que formássemos uma verdadeira família entre amigos.

À Mayara, um ser tão iluminado que cruzou o meu caminho e me fez repensar sobre paz espiritual e o conceito de amizade. Você é luz. É o tipo de amizade que eu quero carregar todos os dias, até o fim. Obrigada pela reciprocidade desse sentimento tão bom.

Não podia deixar de mencionar, as amigas que a Universidade Federal de Santa Catarina me proporcionou reconhecer. Carolzinha, pelo seu bom coração,

pela amizade sincera, pela sua alma bonita e por nos ensinar que manter a inocência na vida adulta é algo à ser admirado.

À Lara, minha dupla de EMAJ, de provas, trabalhos, de vida. Um dos presentes mais lindos que o curso de Direito me deu. Obrigada por ser tão presente, preocupada e, por ser alguém que eu sei que estará ao meu lado, independente das adversidades. Meu amor sincero à você.

À Luísa, pessoa que esfacela qualquer adjetivo, nada é tão bom que possa defini-la. Uma pessoa única, de valores grandes e sentimentos intensos. Sua amizade tornou meus dias mais felizes. Obrigada por ser companheira de todas as horas.

Por fim, impossível não agradecer a oportunidade de estudar em uma universidade tão maravilhosa quanto a UFSC. Agradeço por todos os dias que passei aqui e à todos os grandes professores que tive durante essa trajetória, mestres que nos incentivam a ser melhor.

Ao Professor e Orientador, Alexandre Morais da Rosa, pela disposição do seu disputadíssimo tempo, pela sua atenção e paciência. Obrigada por ser um modelo profissional à ser seguido e por ser um mestre que, muito mais do que nos ensinar a ser meros reprodutores do Direito, nos ensinou a ser críticos.

RESUMO

A evolução nas relações pessoais instiga à uma nova visão sobre o direito tradicional. A realidade na prática jurídica anseia por direito fundado na supremacia Constituição da República e, preocupado com a aplicação efetiva dos princípios e garantias fundamentais. O Direito Civil vem evoluindo na forma como aplica a responsabilização e reparação dos danos causados por terceiros. O Direito Processual Penal sente a necessidade de evoluir no que refere às garantias fundamentais. O direito penal necessita ser ruminado para além do próprio direito penal, de modo que possam ser aproveitadas teses oriundas de outros campos do direito. Nesse sentido, o Direito Processual Penal tomou para si, emprestada do âmbito administrativo, a presunção de veracidade dos atos administrativo. Com efeito, tornou-se imperiosa a releitura da referida presunção, quando aplicada ao processo penal, uma vez que, pensada para dar celeridade à atuação da Administração Pública, ela não é compatível com as garantias fundamentais positivadas na Constituição da República. Nesse contexto, o presente trabalho busca estudar a compatibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance, oriunda da responsabilidade civil, na esfera do Direito Processual Penal. A presunção de inocência, aliada a garantia do contraditório e ampla defesa, harmonizam a aplicação da teoria civilista no âmbito penal.

Palavras-chave: Perda de uma chance; Responsabilização Civil; Direito ao silêncio; Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Garantias fundamentais.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. A teoria da perda de uma chance no âmbito civil	10
1.2 A teoria da perda de uma chance aplicada ao Processo Penal	19
2. A tutela dos atos administrativos no âmbito processual penal	29
2.1 Caso Arizona vs Miranda	29
2.1.2 Reflexos do julgamento Miranda vs Arizona no Brasil	34
2.2 Legitimidade dos Atos Administrativos na legislação brasileira	37
2.3 Presunção de veracidade dos atos administrativos aplicada ao processo penal	43
3. A perda de uma chance aplicada ao processo penal	49
3.1 A incumbências das partes no Processo Penal	49
3.2 Análise jurisprudencial dos reflexos da efetiva aplicação da aplicação da teoria da perda de uma chance	52
3.3 A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal brasileiro	56
3.1. A interpretação axiológica do direito em benefício do acusado	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Há quem defenda que a aplicação do direito deve ser exercida de acordo com o que está estritamente positivado na lei. A partir do trabalho prático com a realidade do processo penal, nota-se a leviana aplicação de presunções administrativas para fundamentar sentenças condenatórias.

Nesse cenário, optou-se por estudar a real possibilidade de aplicação da presunção de veracidade dos atos administrativos no processo penal, e a validade na inversão do ônus da prova, transferindo ao réu a carga probatória de comprovar a sua inocência.

No contraponto, busca-se apresentar uma proposta para sanar a lacuna encontrada com a aplicação do instituto civilista da perda de uma chance. A responsabilização, nesse sentido, teoria a intenção de reparar a expectativa de ganho frustrada do acusado, entretanto, essa reparação não exprime a ideia reparação pecuniária.

A pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro capítulo busca introduzir o leitor a ideia central defendida pela autora. Assim como a definições de conceitos, e histórico da abordagem da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem teórica a ser realizada, tem razão de ser para que se façam claras as concepções discutidas durante a pesquisa.

O segundo capítulo trata sobre o direito a silêncio e a não autoincriminação. Busca-se analisar o impacto que no precedente estadunidense *Miranda vs Arizona* teve no direito brasileiro. No mesmo sentido em que os Estados Unidos da América relativizou o testemunho policial, como é tratado o testemunho dos agentes estatais no Brasil.

Muito embora a origem histórica da aplicação da presunção de inocência tenha por interesse a celeridade nos atos administrativos, o processo penal atribui à ela um valor probatório deveras alto. Estuda-se a aplicação desenfreada da referida presunção no processo penal e a sua colisão com garantias fundamentais previstas na Constituição da República.

Por fim, o derradeiro capítulo trata do procedimento processual penal e investiga a possibilidade da adequação da perda de uma chance no âmbito penal. Será realizada a análise jurisprudencial da teoria ante sua aplicação no esfera civil e penal. Ainda, busca-se averiguar a compatibilidade da perda de uma chance com os direito fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Cabe anotar, por oportuno, que será adotado como método de abordagem, o meio indutivo e o método de procedimento monográfico. A temática será desenvolvida através da técnica de documentação direta e indireta, incluindo pesquisa bibliográfica.

A aprovação da presente monografia de conclusão de curso não representa o endosso do Professor Orientador, nem da Banca Examinadora, ao conjunto de ideias e considerações aqui expostas.

1. A teoria da perda de uma chance no âmbito civil

Para a composição de ideias do primeiro capítulo, será utilizado os métodos de citação direta e indireta. A obra utilizada como referência será a 3ª edição do livro: Responsabilidade Civil Pela Perda de uma chance, do autor Rafael Peteffi da Silva. N.E.

Dada sua complexidade, as relações humanas tem a necessidade de serem regidas por regras de conduta. No âmbito penal, por exemplo, são positivadas normas de condutas negativas, ou seja, condutas que, caso o sujeito as pratique, estará cometendo uma infração penal, sujeito à aplicação de uma sanção pelo Estado.

Na esfera civil, as relações são dotadas de uma maior complexidade, não sendo possível o legislador prever todas as formas de criação de vínculo jurídico entre particulares.

O direito civil tem a função primordial de regular a vida e as relações cotidianas das pessoas. O Código Civil, na sua parte introdutória, encarrega-se de orientar como devem se dar as relações humanas, sendo que a parte remanescente deve atentar para a legislação específica.

Nessa seara, a Responsabilidade Civil encarrega-se de regular as relações civis, de modo que, quando um sujeito causa um dano injustificado a outrem, ele terá a obrigação civil de reparar o dano causado¹. Além disso, a fim de instruir as relações civis, o legislador determinou sua formação a partir de três elementos básicos, o sujeito o objeto e a relação jurídica.

Por certo, se uma pessoa (sujeito) vai até uma concessionária e realiza um contrato de compra e venda (relação jurídica) para adquirir um veículo (objeto), estarão preenchidos os elementos básicos da relação civil. Dessa forma, se qualquer das partes descumprir com o que foi previamente acordado, recairá a este o dever de indenizar o sujeito lesado.

A responsabilização civil, como já destacado, visa a reparação dos danos injustos vivenciados nas relações sociais e vem apresentando constante evolução, tal como a sociedade. Pode-se dizer que a constante evolução da sociedade e das

¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.9.

tecnologias, tornou-se obsoleto pensar a responsabilização civil limitada apenas ao que está tipificado em lei.

A conveniência de aplicar a reparação dos prejuízos suportado pela vítima já eram estabelecidas pelas gerações antepassadas. À exemplo disso é possível citar a lei do talião, que embora nos remeta unicamente a sanção penal, ela já operava com a ideia de reparação de danos².

A Responsabilidade de reparação civil nos moldes do estudo tem como marco a revolução industrial e o surgimento dos maquinários. As atividades industriais tornaram maiores os números dos acidentes e também o risco de vida dos trabalhadores. Dessa forma, surge a responsabilidade de indenizar sem que seja comprovada a efetiva culpa pelo agente, que antes era ignorado.

Nesse contexto, relevante diferenciar as formas de responsabilização consolidadas pelo dano causado a outrem. No instituto da responsabilização subjetiva, será necessária a comprovação da culpa do agente causador do evento danoso para que haja o dever de reparação. Enquanto isso, na responsabilização objetiva a culpa do agente será irrelevante para a caracterização do dano.

A responsabilidade civil subjetiva trata especialmente com o elemento culpa. A culpa é elemento do ato ilícito, que precisa de uma ação culposa, decorrente de um ato contrário ao direito. No âmbito da responsabilidade civil, em questões teóricas, não há diferença caso a conduta seja culposa ou dolosa. Não há essa diferença porque o intuito da responsabilidade civil não é punir o ofensor, e sim restituir a vítima. A doutrina chama essa culpa de culpa *lato sensu*, que envolve a culpa e o dolo.

Na responsabilização civil objetiva, há a supressão de um dos requisitos básicos da responsabilidade civil, que é a culpa. A culpa não é analisada pelo julgador. A culpa era considerada o fundamento moral da responsabilidade civil, e

² ROCHA, Vivian De Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. artigo extraído do trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais da faculdade de direito da pontifícia universidade católica do rio grande do sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, prof. eugênio facchini neto; pelo prof. adalberto de souza pasqualotto; e pelo prof. plínio saraiva melgaré, em 25 de junho de 2010. , Cidade, p.111-222, jun. 2018. Disponível em: <file:///home/chronos/u-4a3351120f9b31dbb7fde0c79d6b8bf28c9e86d3/downloads/vivian_rocha.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

essa exclusão foi “traumática” para a doutrina. Quem causa os danos, gera a situação de risco, deve indenizar, ainda que sem culpa - cerne da responsabilidade civil objetiva. A preocupação saiu da conduta do agente e passou para a vítima.

A teoria da perda de uma chance chega no Direito Civil brasileiro para romper as barreiras do convencionalismo aplicado à Responsabilidade Civil. Inspirada no direito francês³, a teoria da perda de uma chance trabalha com a ideia de indenização não apenas da perda concreta, mas também como da chance de auferir um ganho esperado⁴.

É possível a aplicação da teoria da perda da chance tanto na esfera do dano patrimonial, quanto na esfera do dano moral. A quantificação geralmente é complexa, mas é mais comum que haja efetiva diminuição no patrimônio da vítima, portanto dano material, do que dano moral, intrinsecamente relacionado a natureza do bem pretendido com a tutela jurisdicional.

A teoria da perda de uma chance difere bastante das outras formas de responsabilização pela forma como é aplicada. Especialmente, a teoria trata de uma elucidação muito mais matemática do que jurídica⁵. De fato, para a caracterização dessa forma de responsabilização, é necessário levar-se em conta não só a probabilidade da sua ocorrência, como também da sua não ocorrência.⁶

A reparação civil baseada na teoria da perda de uma chance não está necessariamente ligada às questões patrimoniais. A ideia da teoria em estudo é justamente fugir do convencional e transpor as responsabilização por danos materiais e imateriais, que são facilmente quantificados⁷.

O dano hipotético, tratado pela doutrina como dano eventual, trata do dano não indenizável, não havendo razoabilidade em quantificar uma mera suposição.

Exemplo do dano eventual é um criança muito dedicada e considerada prodígio em determinado esporte. Se essa criança vem a ser atropelada, perdendo sua mobilidade, impedindo que ela volte a praticar esportes, não será possível

³ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.13.

⁴ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.104

⁵ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.60

⁶ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.75

⁷ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.120

indenizá-la em relação ao que ela deixou de auferir praticando esporte, visto que o fato dela vir a se tornar uma atleta profissional quando adulta é uma mera suposição⁸.

É importante diferenciar ainda, a perda de uma chance da responsabilização pelas lucros cessantes. Os lucros cessantes trata-se da forma de responsabilização civil em que são indenizados os prejuízos causados pela interrupção da atividade rentável.

Nesse sentido, cita-se o taxista que tem o seu veículo abalroado por outro automóvel e com isso tem seus proventos interrompidos por uma semana, em decorrência da inutilização do seu veículo. Para quantificar o quantum da reparação, o magistrado deverá calcular a média que o taxista recebe por semana e determinar o valor da reparação⁹.

Na perda de uma chance, por sua vez, não trata-se de dano eventual muito menos se confunde com os lucros cessantes. Sua aplicação é determinada a partir de um dano real causado pela frustração de um ganho, quando era possível obtê-lo, sendo impedido por ação de um terceiro. Nesse contexto, é necessário que o sujeito que sofreu o dano seja indenizado pelo agente causador.¹⁰

Recepcionada inicialmente pela legislação civil brasileira, a teoria da perda de uma chance é uma teoria relativamente nova e trata do dano real e certo no âmbito da responsabilidade civil, devendo a expectativa de ganho ultrapassar uma mera esperança subjetiva da vítima, sendo necessário algum embasamento fático para que seja uma chance séria e real¹¹.

Toda a responsabilidade pela perda da chance trabalha com a ideia de criação de riscos¹². Entretanto, o ponto crucial para diferenciá-la de outras teorias é que na perda da chance, é a perda definitiva¹³ da vantagem esperada pela vítima¹⁴, ou seja, existe um dano final¹⁵. Em todos os casos de perda de uma chance, a vítima

⁸ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.174.

⁹ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.207.

¹⁰ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.146.

¹¹ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.138.

¹² SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.116.

¹³ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.127.

¹⁴ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.103.

¹⁵ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.105.

encontra-se num processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Nesta teoria não há como provar a *conditio sine qua non*, ou seja, o nexo de causalidade.¹⁶

Na teoria da criação dos riscos¹⁷, não adotada no direito brasileiro, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu¹⁸, aumentaram os riscos da ocorrência negativa. Como exemplo das duas teorias, pode-se utilizar a exposição de pessoas a elementos tóxicos, quando o substancial aumento do risco de contaminação pode ser comprovado cientificamente, mas a vítima continua gozando de boa saúde, é caso de criação de riscos. Se fosse perda da chance, a vítima já estaria doente, de forma definitiva.

Nesse viés, o autor Rafael Peteffi da Silva anota¹⁹:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura.

Embora não haja previsão legal expressa para a aplicação da responsabilização perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria está em perfeita consonância com os princípios consolidados pela Constituição Federal. Nessa seara, a responsabilização está abarcada pelo princípio da proteção integral. Assim, deve o lesado ser reparado pelos danos suportados de forma injusta em decorrência da conduta de outrem.

Nesse sentido, leciona Sérgio Savi:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível 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.²⁰

¹⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.10.

¹⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.129.

¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.135.

¹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.138.

²⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. p. 109.

O artigo 927, *caput* e parágrafo único do Código Civil, determina que “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ainda, “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”.

Combinado com o artigo 186 do Código Civil²¹, o artigo 927, do mesmo diploma legal, são a base para a reparação civil no ordenamento jurídico brasileiro. O desafio enfrentado pelo instituto é a comprovação de que terceiro foi o responsável pela conduta que gerou o dano, sendo, portanto, o responsável por indenizar o sujeito lesado.

A teoria da perda de uma chance é reconhecida pelos Tribunais brasileiros há um tempo relativamente ínfimo²². Ainda assim, após significativa análise da doutrina, na qual não raro, é possível visualizar a teoria sendo aplicada de forma equivocada, sem que sejam observados seus requisitos de aplicação.

Importante caso decidido pela aplicação da teoria deu-se com a publicação de um acórdão no ano de 2000. Na ocasião, um programa de televisão veiculava um quadro de perguntas e resposta, quando, se o participante chegasse à pergunta final, auferiria o prêmio de um milhão de reais, no caso de respondê-la corretamente. Em razão da última pergunta estar mal formulada, não havendo a possibilidade de resposta correta, a Corte determinou que o candidato teria o direito de receber 25% do valor do prêmio, uma vez que haviam quatro alternativas, e portanto a probabilidade de $\frac{1}{4}$ de chance de acerto.²³

Como se vê, além de tratar de chances sérias e reais²⁴, a perda de uma chance usa o método matemático para quantificar a perda da vítima. Sendo assim, a reparação pela perda de uma chance não tem a intenção de reparação reparação integral, mas sim, da reparação na proporção da expectativa real da vítima²⁵.

²¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.ht > acesso em abril de 2018

²² SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.191.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459/BA. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08.11.2005. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso abril de 2018.

²⁴ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.138.

²⁵ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.145.

Importante destacar que há mais de uma modalidade de perda de uma chance. A perda de uma chance pode decorrer de uma “suposição legítima de futuro”, assim como no caso do advogado que perde o prazo para a interposição de recurso. Não há certeza alguma do ganho, uma vez que o provimento do recurso é aleatório, entretanto, há uma interrupção no processo em que não é possível afirmar que ao final geraria resultados positivos ou negativos. O processo aleatório é interrompido antes de chegar ao fim.²⁶

Nas palavras de Jean Penneau:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (u n efa u te) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.²⁷

Noutra banda, nos deparamos com a aplicação clássica da teoria da perda de uma chance. Nessa hipótese, há necessariamente a ocorrência de um dano final. Cita-se como exemplo o caso em que há negligência médica, e o paciente perde as chances de sobrevivência ou sofre sequelas devido a um mau diagnóstico do terapeuta. Há direta ligação entre a conduta do agente com o dano final²⁸.

²⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.86.

²⁷ PENNEAU, Jean, 1990, p. 537. “Dans la perspective classique de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l’interruption d’un processus dont on ne saura jamais s’il aurait été générateur d’éléments positifs ou négatifs: en raison de cette faute, l’étudiant n’a pas pu se présenter à l’examen, le cheval n’a pas pu prendre part à la course. Il faut alors apprécier les chances qu’avait l’étudiant de réussir l’examen ou le cheval de gagner la course. C’est donc bien, ici, l’appréciation du préjudice qui est directement en cause. La perte de chances de guérison ou de survie se place dans une toute autre perspective: ici, le malade est mort ou il est invalide; le processus est allé jusqu’à son stade ultime et on connaît le préjudice final. La seule inconnue est, en réalité, la relation de causalité entre ce préjudice et la faute du praticien: on ne sait pas avec certitude quelle est la cause du préjudice: cette faute ou l’évolution (ou la complication) naturelle de la maladie.”

²⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.19.

Assim, Rafael Peteffi da Silva, defende a existência de dois modalidades de perda de uma chance. Aquela em que o processo aleatório é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e aquela em que o processo aleatório chegou ao final.²⁹

A verificação da seriedade das chances é uma questão de grau e não de natureza. Portanto, impossível que um simples conceito de chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operador do direito, pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis³⁰.

Apesar do lapso temporal entre o evento danoso e momento em que as chances seriam utilizadas ser um critério importante, haverá casos em que a reparação será concedida mesmo com o aludido lapso temporal dilatado, pois outros fatores poderão indicar a seriedade da chance perdida.

Vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o empresário não logra provar que seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou a omissão de seu advogado e a improcedência da demanda. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.

Correndo risco de confundir-se com aplicação da responsabilização patrimonial já prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da perda de uma chance parte de uma quantificação própria. Para reparar o dano na responsabilização em estudo, é necessário não que seja liquidado o dano com o valor total almejado, mas sim, com a porcentagem de chance que o indivíduo tinha de alcançar a vantagem esperada.

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral,

²⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p. 103.

³⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p. 139.

tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço.³¹

De acordo com o autor Miguel Kfoury Neto: “A chance perdida deve ser séria, ou real e séria”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.³²

A principal função do instituto da responsabilidade civil é tentar fazer com que a vítima, mediante a indenização conferida, volte ao estado que se encontrava antes do evento danoso³³. Para tanto, a indenização corresponde a integralidade do dano sofrido, sendo exatamente isto que prescreve o *caput* do artigo 944 do Código Civil pátrio: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, o grau da culpa não poderia influir na quantificação do dano, bastando a culpa levíssima para que o réu indenizasse toda a extensão do prejuízo causado. Alguns autores acreditavam que, dependendo do caso concreto, essa regra patrocinará injustiças, pois poderia ocorrer que um insignificante pecadilho ou uma negligência muito tênue acabasse por provocar danos de grande monta.

Sérgio Cavaliéri Filho assevera que um atropelamento realizado com culpa leve pode resultar em danos de grandes proporções, como a morte ou a invalidez, “ensejando para o agente uma sanção muito mais severa do que se tivesse praticado uma conduta dolosa; por exemplo, uma tentativa de homicídio sem resultado grave”.³⁴

Foi, no entanto, para dar proteção a esse tipo de ocorrência que o legislador projetou o parágrafo único do art. 944 do diploma civil, que dispõe, *in verbis*: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.³⁵

³¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.142.

³² SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.193.

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.46.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 125.

³⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.232

A aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo ³⁶ aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação a modalidades de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance.³⁷

1.2 A teoria da perda de uma chance aplicada ao Processo Penal

Em se tratando da aplicação das normas penais, é notável, ao longo da história, a crescente mudança na realidade social em que estão inseridas. Diante disso, depara-se com a impossibilidade de não se pensar o Direito Penal e Processual Penal através de outras áreas de Direito e outros campos de conhecimento. Nesse sentido tornou-se necessário pensar em uma aplicação da lei penal além do modelo convencional.

No Processo Penal, opera-se a aplicação de princípios que protejam os Direitos Humanos Fundamentais, sendo a base do ordenamento, a presunção de inocência do acusado, devendo ser considerado assim, até que seja provado o contrário, destacando-se que, em caso de dúvida, opera-se em favor do acusado. Entretanto, cada vez mais é possível ver condenações penais baseadas em provas frágeis, quando não apenas no depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do réu.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como base as garantias fundamentais a todo e qualquer processo a que o sujeito for parte. Há garantia obrigatória aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que a sua não observância poderá gerar a nulidade do processo.

As garantias fundamentais surgiram a partir da necessidade de proteger o sujeito do Poder Estatal. Os direitos e garantias fundamentais têm a função de limitar

³⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.125.

³⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. p.240

o poder estatal e evitar arbitrariedades.³⁸ Dessa forma, o Estado só pode agir colocando a liberdade do sujeito em risco se agir de acordo com que estiver estabelecido em lei, respeitando o que determina a Constituição da República.

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados e são a base de um Estado Democrático de Direito. A Carta Magna brasileira elaborou um extenso rol de garantias que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana, asseverando os direitos e deveres coletivos e individuais.

Além da garantia dos referidos princípios, no processo penal, os acusados, mesmo diante de indícios de autoria e materialidade, serão tratados a partir da presunção de inocência³⁹, assim permanecendo até que a acusação demonstre o contrário.

Muitas vezes tratados como sinônimos, os princípios do contraditório e da ampla defesa tem diferenças tímidas. O princípio do contraditório determina que, à toda pessoa acusada em qualquer processo, será possibilitado o seu direito de defender-se daquilo que for acusada. O princípio da ampla defesa, por sua vez, determina que ao acusado será possibilitado a defesa técnica e a autodefesa, sendo possibilitado-lhe ainda, que utilize de todas as formas de defesa disponíveis no processo.

A Constituição da República, assegura, no seu artigo 5º, inciso LV, que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.⁴⁰

O princípio do contraditório garante ao acusado o direito de ser ouvido e se defender daquilo que lhe for imputado. Assim, o juiz não poderá proferir uma sentença ouvindo somente a acusação, sem que o acusado tenha a oportunidade de defesa.⁴¹

³⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*, p.266

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. p.376

⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em abril de 2018

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. p.49.

De encontro ao princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa determina que o acusado não terá apenas o direito constitucional de se manifestar sobre as acusações que lhe recaem. O princípio da ampla defesa determina que o réu usufrua de todas as formas de defesa permitidas pela lei, tendo o direito à autodefesa e a defesa técnica assistido por um advogado, sob pena de nulidade do processo⁴².

Havendo a prática de um crime, nasce para o Estado o direito de aplicar uma sanção ao sujeito que cometeu o crime. O Direito Penal é baseado em normas de condutas negativas, ou seja, caso o sujeito pratique o que está estabelecido como crime, ele estará sujeito à sanção do estado. Nesse passo, o sujeito que supostamente cometeu o ilícito poderá usar de todos os meios de provas admitidos em lei para defender-se das acusações⁴³.

O direito de ação é um poder dever do Estado. A ação penal está vinculada ao princípio da obrigatoriedade. O bem jurídico tutelado na ação penal é a ruptura do contrato social. O Estado é o sujeito passivo mediato da violação de uma norma penal, pois representa a coletividade, a fim de protegê-la.

O Estado tem o dever de produzir provas contra o réu, cabendo ao acusado apenas defender-se das acusações, sem que lhe seja incumbido o ônus probatório de sua inocência, uma vez que, tem como garantia fundamental a presunção da sua inocência, sem que o seu silêncio seja interpretado de modo a lhe causar prejuízo⁴⁴.

A defesa técnica do réu fundamenta-se na garantia da paridade de armas. Assim, o acusado, além da autodefesa, deverá ter um advogado para patrocinar a sua causa, causando um equilíbrio entre a acusação e defesa⁴⁵. A norma encontra-se prevista no artigo 261 do Código de Processo Penal que determina que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

⁴² MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. p.33.

⁴³ ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.194.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.240.

⁴⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. p.31.

O ordenamento penal brasileiro é pautado no sistema acusatório.⁴⁶ Nesse modelo é necessário que estejam claramente separadas as funções de acusar, defender e julgar. Cabe a acusação, titular da ação penal, a obrigação de elaborar uma denúncia clara, expondo os fatos de maneira precisa, objetiva e individualizada, explicando pormenorizadamente como se deu a suposta prática delituosa, tendo o ônus processual de comprovar a veracidade da acusação.⁴⁷

No modelo acusatório, vigora o princípio da inércia do julgador. Ou seja, o juiz permanecerá inerte até que seja provocado pela acusação. Não cabendo ao magistrado o dever de produzir provas, salvo em caráter subsidiário para suprir alguma dúvida.

Nesse viés, é mister diferenciar prova de elemento de informação. Elemento de informação é produzido sem o crivo do contraditório, ou seja, sem que o acusado tenha a oportunidade de se defender, geralmente produzido na fase de inquérito policial⁴⁸. Os elementos de informação podem ser utilizados como fundamento para condenação, entretanto, não podem ser sua única fonte.

Consagrado pela Declaração de Direito do Homem em 1789⁴⁹, pela Declaração Universal da ONU em 1948⁵⁰ e pelo Pacto de San José da Costa Rica em 1969, a presunção de inocência foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto 678/92.

Previsto no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República, a presunção de inocência determina que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Muito além do que direito do indivíduo, a presunção de inocência deve ser tratada como um pressuposto para o correto exercício da atividade jurisdicional.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.137

⁴⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual da Prova Penal Constitucional*, p 33

⁴⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. p.59.

⁴⁹ Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

⁵⁰ Artigo 11. I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Assim, um procedimento judicial que ignora esse preceito estará lesando o direito do indivíduo à liberdade e a garantia fundamental de ser considerado inocente⁵¹.

Cediço que para que o sujeito seja considerado culpado das acusações a ele impostas, será necessário que não paire qualquer dúvida sobre o delito. Assim, caberá ao estado acusador comprovar a autoria e materialidade do crime, sem que haja margem de incerteza.

A denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, a qualificação do acusado, a tipificação legal infringida pelo sujeito, além de indícios suficientes que indiquem que o acusado é o autor do delito. Caso não esteja de acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal⁵², a denúncia será considerada inepta.

No Processo Penal, o réu não tem a obrigação de produzir provas que comprovem sua inocência, mas sim, o Estado acusador tem o dever comprovar a autoria e materialidade do delito⁵³. Por conseguinte, um processo penal baseado em provas frágeis frustra a possibilidade do réu apresentar uma boa defesa.

Com efeito, além de respeitar as garantias fundamentais do indivíduo, a acusação terá que embasar sua acusação por meio de provas sólidas, que sejam passíveis de confirmação sob o crivo do contraditório, quando assim for possível. Como já apontado, os elementos de informação contidos no inquérito policial, não são hábeis, por si só, para fundamentar a condenação criminal do sujeito.

É cada vez mais recorrente o número de condenações baseadas em provas frágeis, sem que o acusado tenha condições de se defender das acusações. Vertente da presunção de veracidade dos atos administrativos, as condenações -principalmente por tráfico de entorpecentes- estão sendo proferidas tendo como fonte probatória, apenas o testemunho dos policiais que efetuaram o flagrante do acusado, fundamentado as decisões na presunção de veracidade no depoimento dos agentes estatais.

Formuladas as provas pela acusação dando conta de que o sujeito cometeu de fato o crime, poderá ele, usar de todos os meios de provas admitidos em

⁵¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. p.6.

⁵² Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁵³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.240

direito para comprovar a sua inocência.⁵⁴ Da mesma forma, o indeferimento pelo Estado julgador na produção de provas pelo acusado, que possam comprovar a sua inocência, é passível de aplicação da teoria da perda de uma chance probatória.

A denúncia mal formulada, baseada em provas frágeis impede que o sujeito se defenda. Trata-se como exemplo, o sujeito que é pego com certa quantidade de drogas em lugar ermo, sem testemunhas oculares do flagrante. A única prova trazida nos autos pela acusação que comprovam o tráfico de entorpecente é os testemunho dos policiais que efetuaram o flagrante. Nessa hipótese, como poderia o réu defender-se das acusações, levando-se em consideração que os policiais são as únicas testemunhas do caso. Não há chance de defesa pois a única prova não possibilita contraprova. O acusado tem sua sentença decretada no momento em que foi efetuada sua prisão em flagrante.⁵⁵

Nesse sentido, leciona Ronaldo Janus Madeira⁵⁶:

Outra questão polêmica é a da credibilidade ou não do depoimento policial. Lógico que, em função de serem todas as provas relativas, não havendo hierarquia nem valor apriorístico entre elas, a função de policial, em princípio, não invalida nem diminui seu valor, mormente se harmônico com o conjunto de elementos produzidos no processo. Entretanto, o depoimento de policiais, principalmente nas ações penais nos crimes de entorpecentes, quando exclusivos, e podendo no momento da prisão em flagrante obter a declaração de pessoas estranhas à corporação, e divorciados de outros elementos probatórios, não devem servir para fundamentar um édito condenatório. A função da polícia não é a de fazer prova, mas de obter provas. Ora, uma infração penal que na sua apuração resultou confirmada apenas por depoimentos policiais, confusos e contraditórios e, quando da fase de instrução, nenhum elemento novo foi acrescido, mostra-se sem a credibilidade necessária para que o julgador julgue procedente a pretensão punitiva. A autoridade policial, nos inquéritos, tendo oportunidade de obtenção de outras provas, outros testemunhos, estranhos ao quadro policial e não o fazendo, a prova produzida deve ser aceita com reservas, negando-se o valor a essa prova assentada, somente, em depoimentos policiais. Até porque, quando os policiais que efetuaram o flagrante, podendo, não trazem aos autos pessoas estranhas ao processo para que se outorgue validade a seus atos, normalmente, o

⁵⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. p.102.

⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. Conjur. Publicado em: 20 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal#_ednref3>. Acesso em mar. 2018.

⁵⁶ MADEIRA, Ronaldo Janus. Da Prova e do Processo Penal. p. 98-99:

ato de prisão ocorreu com violências, agressões e outros meios ilícitos que maculam como duvidosas e imprestáveis as provas produzidas.”.

A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira. Trata-se de uma presunção de que a atuação do agente público deu-se em conformidade com o direito e que os fatos apresentados pelos agentes públicos são tidos como verdadeiros, até que se demonstre o contrário.⁵⁷

Ocorre que, como bem apontado pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, a presunção de veracidade dos atos administrativos, incluindo aqui a presunção de veracidade do testemunhos dos agentes estatais não é uma presunção absoluta, devendo ser a sua aplicação ponderada, ainda mais quando em conflito com os preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa⁵⁸.

A doutrina administrativa é aplicada irrefletidamente no processo penal quando trata-se de presunção de veracidade e fé pública. Há assim, uma evidente ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa justificada pela aplicação da presunção de veracidade dos atos administrativos e fé pública dos depoimentos dos agentes estatais. É necessário destacar, por oportuno, que a referida presunção não deve ser tratada de forma absoluta, ainda mais quando confrontada com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não trata-se de colocar em cheque a fé pública do depoimento do policial, mas de discutir qual seria a possibilidade de defesa de um réu onde a única prova obtida nos autos é o depoimentos dos agentes estatais. Como se vê, o réu tem tolhido seu direito de defesa, quando a direção do contraditório é estabelecida no momento do flagrante, já que, sem que haja testemunhas oculares, a condenação é predeterminada no momento do flagrante policial.

O Processo Penal opera colocando em risco o direito fundamental do indivíduo, o que incumbe ao processo maior cautela na apreciação de provas, já que o menor dos erros acarretaria na perda da liberdade do acusado. A fragilidade na

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 2017. p.110.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p. 98.

produção de provas, torna dificultosa a defesa do acusado, tornando-se necessário a produção de provas de inocência⁵⁹.

A perda de uma chance probatória no processo penal, pode ser dividida em dois momentos distintos. Na produção precária de provas pela acusação, impedindo que o acusado possa defender-se de forma adequada, e ainda, na tentativa frustrada do acusado de produzir provas da sua inocência quando indeferido o pleito pelo julgador.

A fragilidade na produção de provas pelo Estado julgador está diretamente ligado à perda de uma chance do acusado. Com o avanço tecnológico e com a infinidade de possibilidades de meios de obtenção de provas, não é crível que o relato policial seja o único elemento probatório para fundamentar uma condenação.

Em uma campanha policial por tráfico de drogas, por exemplo, é possível que o policial faça filmagens da negociação de entorpecentes entre o suspeito e usuário, sendo possível ainda, realizar a abordagem do usuário para que o mesmo preste depoimento sobre os fatos em juízo, sendo utilizado como meio prova pela acusação. Em relação às viaturas policiais, que contam com GPS, é possível registrar o tempo em que os policiais ficaram em campanha, tudo isso para reforçar os elementos probatórios para embasar a condenação.

Um exemplo de que é possível usar a tecnologia em favor da credibilidade do testemunho prestado pelo policial, são as operações realizadas pelo Batalhão da Polícia Militar de Joinville/SC, que desde o ano de 2013, pelo menos, faz o uso de filmagens para reforçar o depoimento policial. Além dessas imagens servirem como meio de provas, algumas ainda estão disponíveis na plataforma de vídeos YOUTUBE⁶⁰.

Podendo produzir provas para serem somadas ao relato policial e deixando de fazer, o Estado está perdendo a chance de convencer o julgador da veracidade da sua acusação. Da mesma forma, impossibilita o réu de defender-se

⁵⁹ROSA, Alexandre Morais da. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. Conjur. Publicado em: 20 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal#_ednref3>. Acesso em mar. 2018.

⁶⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=FMBIRw-BScM> Acesso em mar 2018

das acusações e obter triunfo na sua absolvição. Ou seja o réu perde a chance de ser absolvido pela produção mitigada de provas pela acusação, mas que serve como fundamento para a condenação⁶¹.

Em relação a teoria da perda de uma chance no processo penal, tem-se um sujeito (réu) que tem uma expectativa de ganho (absolvição) frustrada pela fragilidade na produção de provas incumbida ao Estado. Não tendo o sujeito o ônus probatório, não há que se falar em provas em contrário, visto que quem tem o dever que comprovar, a partir de provas sólidas o fato narrado na denúncia é o órgão acusador.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, tem um posicionamento bastante firme quando trata-se de condenação por tráfico de drogas. As condenações de primeiro grau fundamentadas no relato dos agentes estatais, são esmagadoramente confirmadas sob a invocação da fé pública do policial.

O que se percebe cada vez mais é o alto valor probatório dado aos depoimentos dos policiais que efetuam a prisão em flagrante. Mais uma vez, não busca-se insinuar que mentem os agentes estatais, ao contrário, busca-se que sejam produzidas tantas provas quanto foram possíveis para confirmar o relato dos agentes públicos. O que não se pode aceitar é que a busca pela economia processual interfira na forma de produção de provas, fazendo-a ficar acomodada.

Outra hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance probatória é no tocante a produção de provas pelo réu. Superado tudo que se espera de um processo penal ideal e aceitas as provas frágeis contra o acusado, o réu deverá defender-se da acusação produzindo contraprovas da sua inocência.

O acusado pode pleitear em juízo, com o intuito de comprovar serem falsos os fatos narrados na peça acusatória, a produção de provas, podendo ser obtida através de perícias, filmagens ou depoimentos⁶²

⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. Conjur. Publicado em: 20 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal#_ednref3>. Acesso em mar. 2018.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. Conjur. Publicado em: 20 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal#_ednref3>. Acesso em mar. 2018.

O indeferimento da produção dessas provas pelo julgador também será suscetível de aplicação da teoria da perda de uma chance, visto que além de existirem provas frágeis contra o réu, ele ainda é impedido de produzir provas que o inocentem da acusação. Aí então é possível a aplicação da referida teoria invocando-se ainda o princípio da ampla defesa.

Sabendo da realidade do sistema carcerário brasileiro considera-se que uma condenação criminal não interfere apenas na liberdade do indivíduo, como também na sua vida. Não é razoável aceitar que uma pessoa seja condenada a partir de provas frágeis, quando era possível a criação de outras. Nessa hipótese, a teoria da perda de uma chance deve ser invocada no Processo Penal, a fim de fundamentar a absolvição do acusado.

Sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a dúvida opera em favor do réu, sendo que a falta de certeza ou a inexistência de provas sólidas devem gerar a absolvição do acusado, que exerce condição de vulnerabilidade no Processo Penal.

2. A tutela dos atos administrativos no âmbito processual penal

2.1 Caso Arizona vs Miranda

O relato sobre o caso *Miranda vs Arizona* foi desenvolvido com base na obra: *The Miranda Ruling: Its Past, Present, and Future*, dos autores Lawrence S. Wrightsman e Mary L. Pitman. N.E.⁶³

Em março de 1963, Ernesto Miranda foi detido pela polícia na cidade de Phoenix, estado do Arizona, nos Estados Unidos da América. Pairava sobre ele, provas de seu envolvimento no crime de sequestro e estupro contra uma jovem de apenas dezoito anos de idade. Na ocasião em que foi preso, Miranda foi reconhecido por duas testemunhas.

Lawrence S. Wrightsman e Mary L. Pitman descrevem com detalhes a noite do crime:

Late on a Saturday night, March 2, 1963, an 18-year-old woman finished her job at the refreshment stand at the Paramount Theater in downtown Phoenix, Arizona. After taking a bus to near her home, she started walking the remaining distance. By then it was just past midnight; a man grabbed her, placed something sharp against her neck, dragged her to a parked car, tied her hands behind her, laid her down on the back seat, and tied her ankles together. He told her to lie still. He drove the car out into the desert, where he unbound her and raped her. Then, as he waited for her to get dressed, he demanded whatever money she had. She gave him the four \$1 bills from her purse.⁶⁴

Embora não alimente relação com o fato exposto, relevante destacar que Miranda possuía diversas passagens pela polícia pelos mais variados crimes. Dentre

⁶³ PITMAN, Lawrence S. Wrightsman And Mary L.. *The Miranda Ruling: Its Past, Present, and Future*. Oxford University Press, [S.L], mai. 2010. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199730902.001.0001/acprof-9780199730902-miscMatter-1>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

⁶⁴ No final de uma noite de sábado, 2 de março de 1963, uma mulher de 18 anos terminou seu trabalho na barraca de bebidas do Paramount Theater, no centro de Phoenix, Arizona. Depois de pegar um ônibus para perto de sua casa, ela começou a andar a distância restante. A essa altura já passava da meia-noite; Um homem agarrou-a, colocou algo afiado contra o pescoço dela, arrastou-a para um carro estacionado, amarrou as mãos atrás de seu corpo, deitou-a no banco de trás e amarrou seus tornozelos juntos. O homem disse a ela para ficar quieta. Ele dirigiu o carro para o deserto, onde elea soltou e a estuprou. Então, enquanto esperava que ela se vestisse, ele exigiu o dinheiro que ela tinha. Ela deu a ele as quatro notas de \$ 1 de sua bolsa (tradução livre da autora).

as passagens sofridas pelo acusado, uma delas chamou especial atenção, a detenção por uma tentativa de estupro quando tinha apenas quinze anos de idade.

Sob custódia dos policiais, Miranda foi levado à interrogatório a fim de que confessasse autoria ou participação no crime. Na ocasião não foi cientificado-lhe os seus direitos de permanecer em silêncio e de ter a assistência de um advogado.

A polícia de Phoenix montou uma formação para que pudesse ser feito o reconhecimento do agressor pela vítima. Miranda foi colocado ao lado de outros três masculinos com mais ou menos sua estatura, entretanto, era o único de óculos, único que possuía tatuagem e que estava de mangas curtas. Embora acreditasse que Ernesto Miranda possuía características semelhantes as de seu agressor, a vítima não foi capaz de identificá-lo como sendo o responsável pela agressão.

Quanto mais o tempo passava na delegacia, mais os policiais ficavam frustrados diante da situação. Naquele momento os policiais passaram a insinuar que a vítima teria reconhecido Miranda. Assim, sem gravador, sem a presença de advogado ou sem qualquer outra testemunhas, os policiais colheram a confissão escrita do suspeito.

Após duas horas de interrogatório, Ernesto Miranda assinou uma confissão, assumindo a responsabilidade pelos crimes de sequestro e estupro, cuja consumação deu-se em 03 de março de 1963. Ocorre que, conforme alerta João Carlos Souto, a confissão de Miranda foi tomada sem que fossem observados as garantias previstas pela 5ª e 6ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos da América.

A Quinta Emenda determina, *“Amendment VI (1791) In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”*⁶⁵

⁶⁵ “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser

No mesmo sentido, a Sexta Emenda dispõe: *“Amendment VII (1791) In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.”*⁶⁶

Levado à julgamento, Ernesto Miranda foi reconhecido pela vítima diante do júri. Após tímida atuação de seu advogado nomeado pelo Estado, Miranda foi declarado culpado em seu primeiro julgamento, por decisão unânime do júri.

O advogado do acusado recorreu à Suprema Corte do Arizona. O Tribunal rejeitou as alegações da defesa, mantendo a condenação sob a justificativa de que não havia irregularidades no processo, uma vez que Miranda fora cientificado pelos policiais dos seus direitos constitucionais, dentre os quais o de permanecer em silêncio.

O caso de Miranda foi levado então à Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1965. Patrocinado por novos advogados, Miranda teve os seus direitos defendidos durante a sustentação oral exercida por John J. Flynn, perante a Suprema Corte.

A acusação defendia que Miranda teria sido cientificado pelos policiais responsáveis pelo interrogatório sobre o seu direito de permanecer em silêncio. A defesa, por sua vez, alegava a ignorância do acusado em relação ao direito. Na ocasião, a Corte norte-americana determinou que cabia ao Ministério Público ônus de demonstrar que o réu havia renunciado ao privilégio de não produzir provas que pudessem incriminá-lo.

O advogado John J. Flynn defendeu em sua sustentação oral, que, a falta de informação ao acusado de que ele teria direito de ficar em silêncio, de ser

obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (tradução livre)

<https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em abril de 2018.

⁶⁶Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. (tradução livre)

<https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em abril de 2018.

aconselhado por um advogado e de que, caso não tivesse condições de contratar um advogado, o Estado forneceria um defensor, era uma afronta a Constituição, uma vez que feriram a Quinta Emenda da Constituição.

Ao proferir a decisão sobre o caso, o tribunal determinou que o caso se referia especificamente à Quinta Emenda Constitucional e não à Sexta. Como já demonstrado, a Quinta Emenda trata sobre o direito do acusado de não se autoincriminar e do direito de falar apenas na presença de um advogado. A prerrogativa exalta o direito de permanecer em silêncio, a menos que o detido tenha a intenção de falar, sem que seja forçado ou coagido.

Colhe-se da referida decisão:

The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that everything he says will be held against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have a lawyer with him during interrogation; and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him ... If the individual indicates, prior to the questioning, that he wishes to remain silent, the interrogator must cease; if he states that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present ... Where the individual answers some questions during in-custody interrogation he has not waived his privilege and may invoke his right to counsel thereafter. (p. 437)⁶⁷

Nesse passo, tendo decisão favorável, a confissão de Ernesto Miranda foi inadmitida como meio prova, vez que foi obtida de forma ilegal. A condenação de Miranda foi anulada e ele foi submetido à um novo julgamento, sem que sua confissão escrita pudesse ser usada como meio prova.

Em 1967 Miranda obteve novo julgamento. Na ocasião a acusação apresentou novas provas contra o acusado que foi novamente condenado pelo delito de sequestro e estupro, mesmo sem a sua confissão.

⁶⁷ A pessoa sob custódia deve, antes do interrogatório, ser claramente informada de que ele tem o direito de permanecer em silêncio, e que tudo o que ele diz será mantido contra ele no tribunal; ele deve ser claramente informado de que tem o direito de consultar um advogado e ter um advogado com ele durante o interrogatório; e que, se ele for indigente, um advogado será nomeado para representá-lo ... Se o indivíduo indicar, antes do interrogatório, que deseja permanecer em silêncio, o interrogador deve cessar; se ele declarar que quer um advogado, o interrogatório deve cessar até que um advogado esteja presente ... Quando o indivíduo responder a algumas perguntas durante a interrogação sob custódia, ele não renunciou ao seu privilégio e pode invocar seu direito de aconselhar-se a partir de então. (tradução livre)

A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Miranda vs Arizona* tornou-se mundialmente conhecida, não apenas por consolidar garantias individuais do sujeito sob custódia policial. O emblemático caso serviu para que fosse adotado e respeitado um procedimento padrão na realização do interrogatório, sob pena de nulidade.

No caso do acusado abdicar do seu direito ao silêncio e resolver cooperar com a investigação criminal, confessando a prática criminosa, essa confissão deverá ser voluntária. Por confissão voluntária entende-se àquela em que o sujeito está ciente do direito de permanecer em silêncio, está livre de ameaças, de promessas ou armadilhas

O julgamento do caso *Miranda vs Arizona* fez com que a polícia norte-americana renovasse suas técnicas investigativas, a fim de corroborar não apenas com o seu testemunho, como também para demonstrar que os direitos dos acusados foram observados. Como consequência disso, é possível citar a instalações de câmeras de vídeos para filmar e dar ampla publicidade às abordagens.

Miranda rules, por determinação da Suprema Corte, são regras que visam a garantia contra a autoincriminação, sendo aplicada a todo e qualquer sujeito sob custódia policial⁶⁸. O acusado deverá ser informado, antes de seu interrogatório em sede policial, sobre o seu direito de permanecer em silêncio⁶⁹, não aplicando-se a regra às perguntas meramente informativas. Além da notificação clara sobre o direito de permanecer em silêncio, o acusado deverá ser cientificado que tudo que o que disser poderá ser usado contra ele, sobre o seu direito de ser assistido por um advogado, ou, caso não tenha condições de pagar, o Estado lhe nomeará um defensor.

Além de ser responsável por um gigantesco avanço nos direitos do indivíduo sob custódia ou interrogado pela autoridade policial, o caso em estudo também suscitou a dúvida sobre o testemunho do Policial. Como visto, apesar dos policiais terem afirmado que os direitos do acusados foram lidos antes de sua

⁶⁸ "When the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way"

⁶⁹ "At least as effective in apprising accused persons of their right of silence and in assuring a continuous opportunity to exercise it"

confissão, a mesma foi considerada nula, relativizando o testemunho prestados pelos responsáveis pela prisão.

Dada a importância e a repercussão que teve o julgamento do caso *Miranda vs. Arizona*, o procedimento acautelatório dos indivíduos em interrogatório passou a ser chamado de *Miranda warnings*. Dentre as recomendações, está a do direito do acusado de permanecer em silêncio.

Atenta-se, por fim, para o fato de que no direito norte-americano, o indivíduo tem reservado o seu direito ao silêncio em todas as fases do procedimento penal, desde a fase investigatória até o *Grand Jury*. Entretanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, o direito de permanecer em silêncio se estende também para as testemunhas do processo, fazendo com que ela reserve seu direito de não responder perguntas que possam submetê-la a investigação criminal.

2.1.2 Reflexos do julgamento *Miranda vs Arizona* no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito ao silêncio como garantia fundamental do acusado. Previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, a prerrogativa estabelece que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”.

A justiça brasileira assegura ao preso ou acusado de um crime seja informado do seu direito de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si, do direito de informar um familiar sobre a sua prisão, de ter assistência de um advogado e, caso não possa pagar, será assistido pela Defensoria Pública, sendo que na falta dela será nomeado-lhe um advogado para sua defesa.

A advertência de *Miranda*, como é reconhecido na doutrina brasileira⁷⁰, determina sujeito que for conduzido sob custódia deverá ser cientificado do seu direito ao silêncio. Em que pese ser um direito constitucionalmente previsto, é comum que o sujeito seja indagado sobre os fatos sem que a referida advertência seja mencionada na rotina policial.

⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, p.239

Além do direito ao silêncio, como apontado no primeiro capítulo o acusado de um crime no Brasil goza da presunção de inocência. Nesse passo, o acusado que não quiser falar perante autoridade policial ou em juízo, não terá o seu silêncio interpretado de modo prejudicá-lo.

Leciona nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo:

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassali, Grevi e Zuccala já se manifestaram. Cuida-se do direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio. Parece acertado referido entendimento, de acordo com as novas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado. Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibidos no interrogatório, sugestões e dissimulações.⁷¹

Alexandre Morais da Rosa, aponta que o princípio *nemo tenetur se detegere*, garante ao sujeito o direito de não colaborar com as investigações, não participando de reconstituições, não cedendo padrões vocais ou gráficos. É garantia do suspeito de não colaborar com as investigações, sendo ônus do Estado comprovar as acusações, sendo preservada a liberdade do indivíduo⁷².

Muito embora seja um direito fundamental previsto na Constituição da República, o direito ao silêncio é direito disponível. É possível que o sujeito sob custódia abra mão do seu direito de permanecer em silêncio e colabore com as investigações, mesmo que isso lhe cause prejuízos⁷³.

Nesse viés, destaca-se que a nulidade pela não observância do direito ao silêncio, diferentemente de outras garantias fundamentais, não é absoluta. Como já

⁷¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo (O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal), p.54-55

⁷² ROSA, Alexandre Morais. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, p. 237-238

⁷³ MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal, p.123

assinalado, é lícito que o acusado, caso queira, renuncie ao seu direito de permanecer em silêncio.

Caso não seja observada a referida garantia e o acusado seja interrogado sem estar ciente do seu direito, a eventual confissão será viciada. Neste caso, sendo caso de nulidade relativa, caberá à defesa comprovar que a falta da advertência foi determinante para a confissão do acusado, devendo a prova tornar-se imprestável no processo.

O direito ao silêncio encontra previsão no artigo 186, do Código de Processo Penal⁷⁴, e pode ser encontrado na doutrina também como defesa pessoal negativa.⁷⁵ No caso de não observância ao disposto e o réu não for cientificado do seu direito de permanecer em silêncio, ocorrerá a nulidade do ato por ofensa à garantia constitucional.⁷⁶

Ao contrário do que muitos acreditam, a nulidade não é, e nem deve ser considerada uma punição. A nulidade é o reconhecimento de que determinado ato não se deu de acordo com o que determina a norma⁷⁷, devendo portanto, ser declarado nulo. Assim, quem decidirá se o ato está apto a produzir efeitos ou será considerado nulo, será o juiz da ação penal.

Diferentemente do que ocorre no direito norte-americano, no direito brasileiro a garantia ao silêncio não se estende às testemunhas do fato. Caso não tenha relação de intimidade com o réu, a testemunha terá a obrigação de falar a verdade sobre os fatos, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, previsto no artigo 342, do Código Penal⁷⁸.

⁷⁴ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁷⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. p.103.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. p.104.

⁷⁷ ROSA, Alexandre Moraes. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, p. 372.

⁷⁸ Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade

2.2 Legitimidade dos Atos Administrativos na legislação brasileira

Ato administrativo é uma espécie de ato jurídico. Ato jurídico é toda manifestação de vontade que visa criar, modificar, extinguir relação jurídica, estabelecer direito, impor ou definir obrigação. A maioria da doutrina entende que ato administrativo pode ser definido em manifestação ou declaração de vontade da Administração Pública -ou de quem a represente, atue enquanto Poder Público, ou lhe faça as vezes-, qualificada.

Os atos administrativos possuem os mesmos elementos que os atos jurídicos, quais sejam o agente ou sujeito capaz, forma prescrita ou não vedada por lei, objeto lícito. A diferença que paira é que nos atos administrativos há uma certa especialidade, o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a determinado fim de interesse público.

Fato jurídico é a situação em geral que traz consequências para o Direito. Fato jurídico administrativo são circunstâncias que impactam na situação jurídico-administrativa. Assim, o silêncio da Administração Pública poderia muito melhor ser catalogado como um fato administrativo, e não um ato. Já o ato da administração, seria o ato emanado por qualquer órgão vinculado a um dos três poderes⁷⁹.

Todo ato administrativo está -ou deveria estar- vinculado à satisfação do interesse público. Todo ato está sujeito a revisão pelo Poder Judiciário, da legalidade em sentido estrito e em sentido amplo (legitimidade).

O ato administrativo ganha forma no mundo real através da exteriorização da manifestação de vontade do agente. O ato poderá ser vinculado, quando o agente deverá reproduzir a vontade do legislador, ou seja, satisfazendo a intenção do legislador quando da edição da norma. Podendo também, ser o ato discricionário, quando o lei permitir que o agente interprete a norma de acordo com a peculiaridade de cada caso.

Sobre o ato vinculado, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p. 98

Quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. Aqui, pode dizer-se que se trata de objeto vinculado. Como exemplo, temos a licença para exercer profissão: se o interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer determinada profissão em todo o território nacional, esse é o objeto do ato; desse modo, não pode o agente, ao concedê-la, restringir o âmbito do exercício da profissão, porque tal se põe em contrariedade com a própria lei.⁸⁰

A intenção de um ato administrativo não é unicamente o interesse público, mas também, o benefício final da coletividade. Para que seja considerado como ato administrativo, a exteriorização da vontade do agente público legitimado para tanto, deve se dar sob regime de direito público, sob pena de ser considerado apenas como ato meramente privado.⁸¹

Para o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise a produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público⁸².

Os atos administrativos possuem os mesmos elementos que os atos jurídicos, com a diferença de que há uma certa especialidade: o sujeito é sempre um agente investido de prerrogativas públicas, e o objeto há de estar preordenado a determinado fim de interesse público.

Quando da prática de um ato administrativo, o agente público deve estar no exercício da função administrativa, uma vez que a vontade do indivíduo estaria atrelada a vontade da administração. Para tanto, *“o Direito Administrativo escolheu critérios objetivos para disciplinar a invalidação do ato administrativo, podendo prescindir dos chamados ‘vícios da vontade’ existentes no Direito Privado”*⁸³

Os atos administrativos devem atender aos seus pressupostos de validade para que não constituam vícios de legalidade. Dentre eles, atribui-se especial destaque a um pressuposto de legalidade do ato administrativo, a competência. Através dela, será definido por lei como os agentes podem exercer

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p. 104

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p. 100

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p. 99

⁸³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo, p. 43

legitimamente sua atividade. A lei é a fonte maior da competência, podendo também decorrer da Constituição ou de normas administrativas, sempre de forma expressa.

O ato administrativo deverá ser perfeito, válido e eficaz. Como perfeito, entende-se que o mesmo cumpriu todas as fases exigidas para a sua produção, está relacionada à satisfação dos seus requisitos formais. O ato será válido quando estiver em conformidade com a lei, estabelecendo relação com os requisitos materiais previstos no ordenamento. Por fim, será eficaz o ato que tiver potencial para produzir efeitos para o qual foi editado.

Cumpridas suas formalidades legais, o ato administrativo apresenta quatro características, tratadas aqui como essenciais. São elas a imperatividade, a autoexecutoriedade, a presunção de veracidade e a presunção de legitimidade. Sendo que as duas primeiras não são características de todos os atos administrativos, diferentemente das duas últimas.

Através da imperatividade a administração pública tutela interesse público, portanto sua ação não pode ser resistida pelos particulares. Salvo atos de gestão, a administração pública atua de forma imperativa. A ação administrativa é irresistível aos cidadãos. Aqueles que não quiserem se submeter a essa imperatividade, devem buscar o judiciário.

A autoexecutoriedade, por sua vez, determina que o poder público, pelos seus próprios meios, pode aplicar medidas indiretas para fazer valer a vontade administrativa. Trata-se aqui do poder de polícia da administração e da sua prerrogativa de coerção direta e indireta.

Sem que haja base normativa expressa para tanto, chega-se ao atributo mor dos atos administrativos, a presunção de veracidade e legitimidade. A presunção de veracidade e legitimidade se divide em dois momentos, onde atribui-se que, a atuação do agente público se deu em conformidade com o direito, e os pressupostos fáticos que fundamentaram a edição do ato são tidos como verdadeiros, até que se demonstre o contrário.

Amplamente aceito pela doutrina administrativa, a presunção de veracidade e legitimidade, apesar de correlatas, não devem ser tratadas como sinônimas. É possível que a prática de um ato esteja em conformidade com a lei, entretanto, que seus pressupostos fáticos sejam viciados. De igual forma, um ato

pode ser verídico em relação a sua formalidade fática, e ainda assim esteja em desconformidade com a lei.

Nesse sentir, a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a norma legal, presume-se que foi editado com observância da lei. A legitimidade é uma presunção relativa, ela decorre da autoexecutoriedade e levanta a inversão do ônus da prova, fazendo com que aquele que alega que o ato é ilegítimo que deverá comprovar.

Já a presunção de veracidade trata dos fatos alegados pela Administração, que se presumem verdadeiros.⁸⁴ Tudo que o poder público declara, certifica, reconhece como situação fática, é verdadeiro, até que se prove o contrário, relacionando-se diretamente com a fé pública.

Nesse viés, cumpre destacar que, tanto a presunção de legitimidade e veracidade como os demais atributos dos atos administrativos, estão a serviço da Administração Pública com a intenção de proporcionar maior celeridade e eficiência às suas atividades, de modo a possibilitar o cumprimento imediato dos atos expedidos, independentemente da vontade dos particulares e de autorização judicial.

Como já mencionado, a presunção de veracidade e legitimidade não contempla base normativa direta. As atribuições são doutrinárias e são aceitas quase sem ressalvas quando da sua aplicação. Não há, entretanto, consenso em relação ao fundamento que embasa as atribuições. Para uma parte da doutrina, as presunções de legitimidade e veracidade encontram fundamento no princípio da legalidade.

Presumidamente legítimo, o ato administrativo pode ter a sua presunção quebrada administrativamente de ofício, provocada por um terceiro, ou por meio de uma decisão judicial. O ônus da prova é de quem alega a ilegitimidade ou inveracidade. De fato, a presunção só funciona plenamente enquanto não há contestação do ato administrativo.

Hely Lopes Meirelles aponta que a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo deriva do princípio da legalidade da administração, previsto no artigo 37, da Constituição da República. Presumidamente legítimo, o ato

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 104.

administrativo tem execução imediata, mesmo que sejam levantados vícios que possam invalidá-lo posteriormente.⁸⁵

A presunção de legitimidade e veracidade surge como um mecanismo para proporcionar maior celeridade aos atos emanados pelo Poder Público. Não há necessidade que a Administração Pública recorra ao Judiciário para tornar válido o ato praticado, inclusive quando o ato for contra um particular -poder de polícia-. O intuito, nesse sentido, é tornar célere a atividade administrativa.

Gustavo Binenbojm entende que as prerrogativas atribuídas à atividade administrativa remetem a uma conotação estatal autoritária. Nesse sentido, anota:

O nascimento do direito administrativo ocorre, portanto, ao arrepio do princípio da separação de poderes e do primado da lei sobre os atos da Administração. Num arranjo em tudo semelhante ao do velho Estado absolutista, o Poder Executivo concentra em seu plexo de competências, além da função de administrar, poderes para criar o direito que lhe é aplicável e para aplicá-lo aos litígios de que é parte contra os particulares, dirimindo-os em caráter definitivo. Tal modelo não resulta da afirmação histórica da ideia de Estado de direito – mas, antes, representa sua antítese.

Essas circunstâncias favorecem o desenvolvimento de categorias jurídicas voltadas essencialmente à preservação da autoridade estatal (potestas), e não aos direitos individuais dos cidadãos (libertas). As relações paritárias, próprias do direito privado, são substituídas por relações desiguais, baseadas na ideia de verticalidade, que confere posição de supremacia ao ente estatal. A própria noção de interesse público é construída a partir da ótica dos governantes, como algo naturalmente superior e contraposto aos interesses dos particulares.⁸⁶

Inegável que deva ser reconhecida a idoneidade da administração quando da produção de seus atos. Outrossim, deve-se olhar com cautela quanto à presunção absoluta de veracidade e legitimidade dado aos atos praticados pela administração pública.

Há quem defenda que a presunção não deve ser tratada como absoluta, mas sim, como presunção relativa.⁸⁷ Possibilitando a produção de prova em contrário, a matéria administrativa permite que o sujeito suscite a ilegalidade ou

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p.166

⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação e regulação, p.41.

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo, p.110.

ilegitimidade do ato administrativo. Entretanto, será invertido o ônus da prova, e aquele que arguiu a nulidade deverá comprovar a sua ocorrência.⁸⁸

O ônus da prova, portanto, será de quem arguir a nulidade do ato. A inversão do ônus da prova mostra-se uma consequência da própria presunção de legalidade e veracidade. Ao considerar que um ato administrativo nasce válido, em decorrência do princípio da legalidade, exige-se que, aquele que intenciona invalidar o da Administração, deve, além impugnar o ato, também demonstrar que este não está em conformidade com a determinação legal.

Hely Lopes Meirelles doutrina que o ônus da prova da invalidade do ato é transferido para quem o invoca. Ficando a cargo do impugnante comprovar a irregularidade apontada.⁸⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que defende a inversão do ônus probatório, entende que o ônus deve ser invertido, uma vez que é a parte interessada quem deverá provar a sua alegação de ilegalidade do ato perante o judiciário. A autora, no entanto, defende que a inversão do ônus da prova não deve ser absoluta. O fato do particular ser responsável por comprovar a sua pretensão, não exime a Administração de confirmar a sua verdade.⁹⁰

Marçal Justen Filho, apesar de considerar a presunção de veracidade como sendo uma presunção relativa, defende que pelo fato do ato nascer legítimo, sem que haja necessidade de comprovação da sua veracidade para gerar efeitos, o dever de comprovar a ilegitimidade do ato é daquele que a suscita.⁹¹

Apesar de ser defendido por grande parte da doutrina administrativista, é mister reconhecer que a inversão do ônus da prova provoca um certo embaraço no exercício do direito do particular. Não há como negar que o particular ocupa uma posição de hipossuficiência frente poder estatal. É dificultosa a produção de provas negativas, ainda mais quando o Poder Público está protegido pela presunção de veracidade.

Nesse passo, a presunção só deveria vigorar enquanto não há contestação do ato administrativo. Não é possível inculcar o ônus da prova somente

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p.167

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p.167.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p.206.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. p.247.

para quem contesta a presunção de legitimidade do ato. O ônus deve ser de quem tiver mais facilidade em produzir a prova. Quando a prova é facilmente atingível pelo poder público, caberá a ele comprovar a situação.

2.3 Presunção de veracidade dos atos administrativos aplicada ao processo penal

Os atos administrativos já nascem produzindo efeitos e gozam de prerrogativas como a autoexecutoriedade e imperatividade. Isso quer dizer que, o ato emanado pelo agente público enquanto faz as vezes da Administração, não necessita de autorização do judiciário para tornar-se válido, mesmo quando o ato for no exercício do poder de polícia contra o particular, e ainda, serão presumidamente verdadeiros, com base no princípio da legalidade previsto no artigo 37, da Constituição da República.

Cediço que o Direito Penal e o Processo Penal são matérias complexas e com bastante amplitude, necessitando que sejam aplicadas associadas à outras matérias do Direito. No entanto, é necessário ter prudência ao fazer tal associação.

Ao praticar um ato definido pelo ordenamento como ilícito, o sujeito está sujeito à sanções administrativas, cíveis e penais, por parte do Estado. Para que o agente seja punido pela prática de um ilícito, será necessário que haja um processo em que lhe seja assegurado a aplicação das suas garantias constitucionais, para só então, ao final, caso seja confirmada a culpa do agente, ela venha a sofrer a sanção.

O inciso LV do artigo 5º da Constituição da República determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse passo, para que um processo criminal -ou administrativo- seja considerado válido, é necessário que o sujeito tenha assegurado suas garantias fundamentais. O procedimento que não atentar para as garantias fundamentais básica do agente, será considerado nulo.

No que toca aos princípios processuais basilares relativos ao exercício da pretensão punitiva do Estado, atribui-se especial destaque à presunção de inocência

ou de não culpabilidade, disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, o dispositivo determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência carrega a concepção de que o sujeito acusado em um processo não será considerado culpado até que a acusação comprove a sua culpa, não sabendo a ele fazer a prova de sua inocência, uma vez que ela é presumida. Para o doutrinador Aury Lopes Júnior, o ônus de derruir a presunção de inocência do sujeito recai totalmente para que acusa.

Como já destacado no tópico anterior, a presunção de veracidade dos atos administrativo e a inversão do ônus da prova atribui um fardo árduo não apenas ao sujeito que suscita a inveracidade do ato, mas também para o sujeito que é réu no processo administrativo sancionatório.

O Poder Público atribui ao indivíduo processado pela Administração Pública o ônus que não lhe cabe, e sempre foi do órgão acusador. Nesse viés, fica a cargo do acusado provar sua inocência, ou invés de a acusação ter de comprovar a culpabilidade de quem visa aplicar a punição. Tudo isso encontra amparo na presunção de que a atuação administrativa é imaculada, até que o sujeito acusado prove o contrário.

É preciso ter cautela, no entanto, com a aplicação com a presunção de veracidade no Processo Penal. Inegável que a presunção de inocência tem relação direta com o respeito da dignidade da pessoa humana. Nesse passo, não é crível que o interesse do Estado em punir se sobressaia ao direito do sujeito à liberdade.

Não raro é possível encontrar decisões judiciais no âmbito penal onde o réu é condenado com base na presunção de veracidade. A fé pública do testemunho do agente estatal é invocada e usada como fundamentação nas decisões criminais onde as provas contra o acusado são anêmicas.

Ocorre que a ponderação entre presunção de veracidade do ato administrativo, nesse caso em específico a fé pública do agente estatal, e a presunção de inocência, acusa um evidente descompasso na aplicação do Direito.

Para Aury Lopes Júnior, “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna e externa”. No âmbito interno, a

incumbência é imposta ao responsável pelo julgamento, determinando-se que o ônus probatório seja de quem acusa. Sendo inocente até que se prove o contrário, a presunção de inocência determina que o acusado não será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão criminal.⁹²

Na prática, o sujeito é acusado de um crime em que as principais -ou únicas- testemunhas da infração penal são os agentes estatais que efetuaram o flagrante de delito. Pergunta-se: Qual a viabilidade de defesa do sujeito acusado nessas condições?

No caso hipotético em que um sujeito que é preso com uma pequena quantidade de substância entorpecente, em um lugar onde não há testemunhas oculares e, as únicas testemunhas são o condutor e o outro policial que efetuou o flagrante. Nesse caso o sujeito é conduzido pelos policiais pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Diante da fé pública dos depoimentos dos agentes estatais e dos seus testemunhos de que o acusado estava praticando a narcotraficância, é transferido ao acusado o ônus de comprovar que as declarações dos agentes são falsas. Ocorre uma vultosa heresia.

Sendo sua única testemunha, o acusado tem a impossível missão de comprovar a sua inocência. Contraposta a palavra do sujeito com o testemunho dos agentes estatais, blindados pela fé pública, o réu tem tolhido seu direito ao contraditório no momento de sua prisão, uma vez que nessas condições a sua absolvição é bastante improvável.

A presunção de veracidade não pode ser considerada suficiente para ensejar a fundamentação de uma condenação criminal. É absolutamente contra legem que o Magistrado determine que o benefício da dúvida milite em favor Estado.

Leciona Guilherme de Souza Nucci sobre o tema:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. [...] Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo.⁹³

⁹² LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. p.96-97.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2012

Aplicada para além do Processo Penal, e corolário do Estado Democrático de Direito, a presunção de inocência não pode ser tratada em segundo plano pelos aplicadores da Lei.

Não parece crível que um Estado cuja a Carta Magna é signatária de uma série de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e tem como base a garantia dos direitos fundamentais coloque o *jus puniendi* do Estado à frente da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República fornece ao cidadão ferramentas de defesa contra a atuação arbitrária do Estado. Outrossim, no plano real, essas ferramentas são neutralizadas ante a soberania da presunção de veracidade e fé pública do agente estatal. Não há possibilidade de se fazer uma aplicação ou interpretação restritiva da presunção de inocência.

Aury Lopes Júnior leciona:

O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio pro societate*.⁹⁴

A presunção de veracidade dos atos administrativo não tem o condão de prevalecer ante a presunção de inocência e também não é capaz de atribuir à defesa o que é dever da acusação. Na hipótese da acusação não oferecer elementos capazes de comprovar a sua versão, é o seu dever aplicar o instituto do *in dubio pro reo*.

Apesar da presunção de legitimidade e veracidade ser um instituto que visa a efetiva aplicação dos atos administrativos, sem que haja morosidade no seu cumprimento. É importante frisar que a presunção foi estabelecida para facilitar a atuação administrativa, não tendo o condão de se sobressair frente a princípios processuais.

O administrativista Marçal Justen Filho defende que o ato administrativo não tem o condão de vincular todos os particulares de forma absoluta. Além de

⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. [S.P.] 2014.

poder ser revisto pelo Poder Judiciário, o ato administrativo adotado de forma absoluta seria contrário a democracia republicana.⁹⁵

Alexandre dos Santos de Aragão de forma bastante esclarecedora, afirma:

O princípio da veracidade dos fatos invocados pela administração pública na edição de seus atos deve, contudo, a nosso ver, apesar de tradicionalmente invocados por nós - e hábitos muitas vezes levam tempo para serem revistos-, ser considerado como não recebido pela Constituição redemocratizadora de 1988, especialmente em face dos princípios da motivação e da presunção de inocência”⁹⁶

Como se vê, e ainda defende o doutrinador Marçal Justen Filho, a presunção da ocorrência ou não de um fato não se aplica quando o particular aciona o judiciário para invalidar um procedimento administrativo, apontando vícios quando da prática dos atos.⁹⁷

Destaca-se, mais um vez, que a intenção do presente estudo não é derruir o testemunho dos agentes estatais, mas sim, de não aceitar uma falsa impressão de contraditório. O contraditório é fantasioso quando não é dado ao particular a chance de exercer sua defesa.

Nesse passo, tanto o órgão acusador quanto a polícia -judiciária ou militar- deverá comprovar de forma indiscutível que a sua afirmação coaduna com as demais provas juntadas nos autos.

O devido processo legal assegura que o sujeito acusado tenha paridade de condições em relação ao Estado. A garantia ao contraditório é uma garantia ao próprio estado de direito, uma vez que garante tanto o direito de ação quanto o direito de defesa.⁹⁸

Em que pese a doutrina administrativista entender que a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos são garantias que evitam a morosidade na atuação estatal, grande parte dela defende que a presunção de veracidade deve ser tratada de forma relativa e não absoluta.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. p. 246-247

⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo - RDA, n. 259, jan./abr. 2012, p. 85)

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. p. 248.

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. p. 327.

Não sendo considerada uma presunção absoluta no âmbito do direito administrativo, a presunção de veracidade não deve ser aplicada com bastante moderação no Processo Penal, ainda mais quando depara-se com garantias que são a sustentação do estado democrático de direito.

Nesse viés, sendo evidente o conflito entre presunção de veracidade e presunção de inocência, entende-se que esta deve prevalecer sobre àquela. A presunção de inocência do sujeito deverá ser respeitada sob pena se instaurar um completo arbítrio estatal, o que não condiz com a Constituição democrática de 1988.

3. A perda de uma chance aplicada ao processo penal

3.1 A incumbências das partes no Processo Penal

O Processo Penal, em regra, é interpretado por três atores: acusação, defesa e o julgador. Cada um dos três tem o seu papel preestabelecido e deve agir de acordo com o que está previamente determinado no ordenamento legal. Na interpretação de normas, por exemplo, a analogia só será lícita quando for em benefício do acusado⁹⁹.

O Processo Penal tem início quando da suspeita do cometimento de um crime. A partir das informações de que o sujeito praticou um ato ilícito, a autoridade policial irá instaurar um inquérito policial para que os fatos sejam apurados. Convicto de o que crime de fato aconteceu, o Delegado de Polícia enviará o inquérito policial para que o Ministério Público ofereça denúncia¹⁰⁰.

O indiciamento pode ser visto como parte da formação da culpa do acusado na investigação criminal. A fase indiciária do processo é um momento completamente inquisitório¹⁰¹.

Respeitando as garantias do indivíduo, a autoridade policial juntará elemento que comprovem que o sujeito é o suposto autor do ilícito penal (artigo 4º, do Código de Processo Penal e artigo 2º da lei 12.839/13).

Não sendo a formação de um juízo de certeza sobre a autoria do delito, mas sim, uma mera suposição, não é oportunizado ao réu que exerça a defesa de um inquérito policial. Entretanto, como leciona Luigi Ferrajoli¹⁰², para que haja investigação e denúncia, o fato imputado em desfavor do sujeito, deve ser estabelecido por lei como considerado um ilícito penal.

A partir da análise do inquérito policial, o representante do Ministério Público irá analisar os fatos e, havendo indícios de autoria e materialidade, oferecerá denúncia contra o suspeito.¹⁰³

⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.194.

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.220.

¹⁰¹ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.149-150.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. p.38.

¹⁰³ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.239.

Com base na Constituição da República, mais especificamente no artigo 5º, inciso LVII, o status inicial de todo o cidadão é o de inocência. Assim como ocorre na presunção de legitimidade, o ônus probatório de quem pretende derruir essa presunção é daquele acusa.

Nesse viés, o particular -nas ações privadas- ou o Ministério Público, deverão apresentar provas sólidas para convencer o magistrado de que o acusado praticou de fato o ilícito penal. Será focado neste trabalho, a função exercida pelo órgão ministerial.

Presumidamente inocente, não será incumbido ao acusado provar absolutamente nada em relação à versão apresentada pela acusação. Ao mencionar Luigi Ferrajoli¹⁰⁴, Aury Lopes Jr afirma que a acusação tem a carga probatória sobre os fatos, e a defesa, tem o direito e não a obrigação de apresentar contraprovas em relação ao que foi alegado pelo órgão acusador.

O conjunto probatório oferecido pelo Ministério Público deverá ser harmônico, caso contrário, restando dúvidas em relação a autoria ou materialidade, ela militará em favor do acusado, ensejando a sua absolvição¹⁰⁵.

*“O poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal”*¹⁰⁶. A obrigação de que o órgão acusador deve comprovar plenamente os fatos descritos na acusação é um ônus suportado ante o seu poder estatal de acusar. O ônus processual de que a acusação deve demonstrar a ocorrência do delito descrito na exordial acusatória reflete na garantia jurídica da tutela que protege a liberdade do indivíduo que está sendo acusado.

Com base no sistema acusatório¹⁰⁷, as provas produzidas no inquérito policial, deverão ser confirmadas em juízo pelo acusador, sob pena de violar o princípio constitucional do contraditório. As provas produzidas somente na primeira fase da persecução penal, não são hábeis para ensejar a condenação do acusado.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón del garantismo penal. pg.252.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.240.

¹⁰⁶ STF, HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996 PP-51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00270

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.137.

Nesse passo, importante diferenciar a contraprova da comprovação inocência. O acusado, presumidamente inocente, tem o direito de produzir contraprovas das acusações oferecidas pelo órgão ministerial.

Isso quer dizer, o sujeito pode apresentar provas capazes de confirmar a sua inocência, outrossim, não lhe é incumbido o dever probatório. Abrigado pela garantia fundamental de ser presumidamente inocente, o acusado não tem a obrigação de provar nada, sendo esse, o papel da acusação.

Nessa acepção, nota-se que o dever do Ministério Público é comprovar as acusações feitas contra o réu no oferecimento da denúncia, que, por sua vez, tem o direito de se defender das acusações usando todos os meios de provas permitidos em direito.

Chegamos então, no papel a ser desempenhado pelo julgador. Com base no modelo acusatório, o julgador deverá exercer papel de terceiro imparcial na demanda penal. O juiz conduzirá o processo afastado-se na iniciativa probatória¹⁰⁸, cumprindo a função de deferir ou indeferir a produção de provas pelas partes e, ao final, decidir sobre a procedência ou improcedência da acusação.

Além da garantia do juiz natural¹⁰⁹, todo cidadão submetido à um processo judicial, terá também o direito de ser julgado por um juiz que seja imparcial, sendo esse, segundo Aury Lopes Jr., o princípio supremo do processo¹¹⁰.

Estando alheio ao interesse das partes, o papel do magistrado será o de garantir que a demanda processual ocorra dentro daquilo que estabelece o ordenamento legal. Conforme preceitua o artigo 413, *caput*, do Código de Processo Penal, “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.”

Nesse viés a sentença proferida pelo magistrado deverá ser fundamentada nas provas colhidas na instrução policial e confirmadas sob o crivo do contraditório.

Conforme leciona Alexandre Morais da Rosa, a função do magistrado é garantir que as regras processuais sejam cumpridas pelas partes no decorrer do

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. p.42

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. p.60

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. p.62.

processo¹¹¹. A postura do julgador deverá de não tomar partido sem que seja provocado, ou seja, deve manter-se imparcial, salvo nas hipóteses em que poderá agir de ofício.

A acusação apresenta ao magistrado uma possível veracidade, sendo que àquela, terá o dever legal de comprovar suas alegações em sede judicial. Caso contrário, conforme prevê, exemplificativamente, o rol do artigo 386, do Código de Processo penal, o juiz absolverá o réu.

3.2 Análise jurisprudencial dos reflexos da efetiva aplicação da aplicação da teoria da perda de uma chance

Muito embora o Código Civil de 2002 não tenha disposição sobre a aplicação da perda de uma chance, a mesma é fundamentada em ampla discussão entre doutrina e jurisprudência. Cada vez mais aceita nos tribunais estaduais, estuda-se a possibilidade de aplicação da teoria para além do âmbito civil, alcançando outras áreas do direito.

Em que pese ser uma teoria relativamente nova, a perda de uma chance vem, cada vez mais, ocupando espaço na jurisprudência brasileira. Sendo um importante instrumento na reparação dano injusto. A perda de uma chance busca indenizar àquele que deixou de auferir um ganho em decorrência da conduta ilícita de um terceiro.

Na esfera cível, a teoria estudada surgiu como uma tentativa de reparação de um dano que já ocorreu ou, de evitar um dano futuro. A teoria trabalha com a ideia de reparação de acordo com a probabilidade do ganho sujeito. A reparação integral não é utilizada, pelo fato de não haver absoluta certeza se, ao final, sujeito obteria a vantagem esperada. É utilizada a chance séria e real como requisito de aplicabilidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem um posicionamento, apesar de firme, ainda tímido nas demandas que invocam a responsabilização civil pela perda uma chance.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.176

Em um recente pedido de aplicação da perda de uma chance, pela prestação precária do atendimento do serviço de saúde, a corte catarinense se manifestou no sentido de dar provimento ao pedido de indenização e condenar o estado ao pagamento e compensação pela morte da vítima.¹¹²

A decisão entendeu que havia nexo de causalidade entre a morte do paciente e a má prestação pelos serviços de saúde pelo estado. Pela demora no atendimento e no transporte do paciente, o mesmo perdeu a chance de sobrevivência, motivo pelo qual, a família da vítima deveria ser indenizada.

Estudos investigam a possibilidade de aplicação da perda de uma chance em variados campos do Direito. Na esfera trabalhista, por exemplo, defende-se a aplicação da teoria no âmbito laboral quando é retirado do empregado uma expectativa de ganho. Nessa hipótese, todo empregado que tivesse perdida uma chance séria e real em decorrência de ato ilícito praticado pelo empregador, deveria ser indenizado pelo mesmo.¹¹³

No âmbito penal, a jurisprudência da aplicação teoria da perda de uma chance ainda é bastante escassa. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, existem pouquíssimas decisões em que tratam sobre a perda de uma chance no processo penal. Tratando-se de decisões recentes, todas elas são no sentido de não provimento à aplicação da tese.

No caso apreciado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e relatado pelo Desembargador Norival Acácio Engel, a defesa de um dos réus pretendia a aplicação da teoria perda de uma chance, em razão da “não produção de provas necessárias e possíveis para o deslinde do feito”.

Os réus serão identificados como A e B, para que seja preservada a identidade dos réus e facilitada a compreensão do leitor.

Segunda consta, os policiais responsáveis pelo flagrante, realizaram uma campanha com a duração de aproximadamente quatro horas. O relato dos milicianos

¹¹² TJSC, Apelação Civil n. 0300390-79.2016.8.24.0166, Des. Relator Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público. j. 08/05/2018

¹¹³ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 12, n. 85, p. 9-21, set./out. 2013.

foi no sentido de que havia dois masculinos exercendo o comércio ilícito de entorpecentes.

Ao realizar a abordagem, foi encontrada certa quantia de drogas na casa do réu 'A', enquanto o réu 'B' foi preso na frente da sua residência, sem estar na posse de entorpecente.

Em sede judicial o réu 'A' confirmou a versão da acusação e confessou a prática da venda do entorpecente, explicando com detalhes como exercia o comércio, bem como seus motivos para o ato. Por sua vez, o réu 'B' negou todas as acusações, afirmando que era apenas usuário de drogas.

O usuário interceptado pelos policiais logo após adquirir a droga, afirmou não reconhecer nenhum dos réus como sendo o masculino que vendeu-lhe a droga. Segundo ele, a droga foi vendida por apenas um masculino. Tinha conhecimento de que o réu 'A' vendia droga, mas não reconhecia nem tinha conhecimento do envolvimento do réu 'B' com o tráfico de drogas.

Os réus foram condenados pelo artigo 33, *caput*, da lei 11.343/06. Em sede de apelação, o réu 'B' pleiteou a sua absolvição e aplicação da teoria da perda de uma chance, a qual foi negada por decisão unânime.

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, "CAPUT", C/C §4º, DA LEI N. 11.343/06). RECURSOS DEFENSIVOS. PLEITEADA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" E NÃO TER O APELANTE ALCIDES CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES HARMÔNICOS E COERENTES. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA. SUSCITADA ILEGALIDADE DA CAMPANA REALIZADA PELOS POLICIAIS MILITARES, PRISÕES EM FLAGRANTE E DAS PROVAS DECORRENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. DENÚNCIAS ANÔNIMAS DANDO CONTA DA PRÁTICA DO COMÉRCIO ESPÚRIO NO LOCAL. MOVIMENTAÇÃO DE USUÁRIOS EVIDENCIADA PELOS AGENTES PÚBLICOS. CRIME QUE POSSUI NATUREZA PERMANENTE, TORNANDO DESNECESSÁRIO MANDADO JUDICIAL. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO CABIMENTO. PRODUZIDAS AS PROVAS NECESSÁRIAS E POSSÍVEIS PARA O DESLINDE DO FEITO. ADEMAIS,

CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO CONSTITUI ELEMENTO HÁBIL PARA DESCARACTERIZAR O CRIME DE TRÁFICO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DO AUMENTO RELATIVO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES ENCONTRADAS QUE SERVEM DE CRITÉRIO À AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NOS TERMOS DO ARTIGO 42, DA LEI DE TÓXICOS. MAJORAÇÃO MANTIDA. SEGUNDA FASE. PLEITO DO APELANTE RAFAEL DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA (ENUNCIADO 545 DA SÚMULA DO STJ). REALIZADA, DE OFÍCIO, A COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A REFERIDA ATENUANTE. PENA READEQUADA. TERCEIRA ETAPA. APELANTE ALCIDES ALMEJA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N. 11.343/06 EM GRAU MÁXIMO. PATAMAR DE 1/2 (METADE) ADEQUADO À HIPÓTESE. REPRIMENDA MANTIDA INCÓLUME. PEDIDO DO APELANTE ALCIDES DE ABRANDAMENTO DO REGIME PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO SÃO TOTALMENTE FAVORÁVEIS. PLEITO DO APELANTE ALCIDES DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DO APELANTE ALCIDES DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA. RECORRENTE ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. CONCESSÃO DA BENESSE QUE SE IMPÕE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0003281-08.2017.8.24.0039). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO EM RELAÇÃO AO APELANTE RAFAEL E DETERMINAÇÃO DO CUMPRIMENTO IMEDIATO QUANTO AO RECORRENTE ALCIDES. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001759-32.2017.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 22-05-2018).

A decisão da Segunda Câmara Criminal afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance, em razão da desnecessidade na produção de provas complementares para o deslinde do caso.

Segundo se extrai da decisão, os policiais afirmaram ter ficado quase quatro horas em campana, entretanto, não acostaram nenhuma prova nesse sentido, nem ao menos relatório do GPS da viatura. Afirmaram também, que estavam a aproximadamente vinte metros de distância dos réus, sendo que estava uma noite clara e que tinham boa visibilidade dos acusados, outrossim, deixaram de acostaram fotografias ou filmagens que corroborasse com a versão da acusação.

O ônus processual no processo penal é sempre daquele que alega. Dessa forma, é função da acusação juntar todas as provas possíveis para comprovar a autoria e materialidade do fato.

O caso em análise é um caso típico de aplicação da presunção de veracidade do testemunho da agente estatal, onde ao acusado, que pretende derruir a versão alegada pela acusação, será incumbido o ônus probatório.

Violação expressa à presunção de inocência do cidadão. É a hipótese clássica em que seria possível a absolvição do réu, ante a falta de produção de provas possíveis por parte da acusação.

3.3 A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal brasileiro

Alicerçado na presunção de inocência, o acusado inicia o trâmite processual com status de inocente¹¹⁴. Assim, ficará à cargo do acusador, o ônus de derruir a inocência do réu, comprovando a autoria e materialidade do delito, através de provas sólidas.

A teoria da perda de uma chance trata sobre a perda de uma chance séria e real de auferir um lucro ou ganho.¹¹⁵ Com base nas garantias fundamentais já explicitadas, previstas na Constituição da República, todo acusado tem a chance séria e real de ser inocentado das acusações que lhes são feitas, já que, é presumidamente inocente.

A acusação não deverá apenas demonstrar a materialidade do ilícito penal praticado, mas também apresentar provas indubitáveis sobre a autoria dos

¹¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.376

¹¹⁵ SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. p.142.

fatos. Nesse viés a qualidade na produção de provas fará toda a diferença na forma com que o acusado exercerá a sua defesa.

Baseada em provas diversificadas e sólidas, uma boa acusação beneficia não apenas o estado-acusação, como também beneficia o réu, que deve ter chances de rebater as teses acusatórias.

Não há possibilidade de o réu se defender de acusações baseadas em elementos vagos, como puro e unicamente, os testemunhos dos milicianos. Sendo assim, é incontestável que uma acusação feita de forma inadequada, obstaculiza o exercício de defesa do sujeito.

O acusado perde a chance de exercer o seu direito de defesa quando a acusação respalda a denúncia em provas “vazias”. Considerando que a perda de uma chance deriva de uma conduta ilícita que impede o sujeito de obter a vantagem esperada. A teoria da perda de uma chance seria passível de aplicação quando a denúncia não possibilitar que o acusado chegue à situação esperada que, neste caso, é a absolvição.

O doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira reflete a ideia da ausência de chances no exercício de defesa do acusado:

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.¹¹⁶

Neste caso, a perda de uma chance, se aplica no momento em que a acusação retira ilicitamente a vantagem esperada pelo sujeito, que é a sua absolvição, e lhe causa um dano final, com a condenação. A teoria é um reflexo direto da violação do direito ao contraditório e ampla defesa.

Como apontado no capítulo segundo, não é raro encontrar peças acusatórias e até mesmo fundamentação de sentenças baseadas em provas frágeis. Enquadra-se aqui como provas frágeis todas aquelas que, apesar de *-lamentavelmente-* ser aceita e servir como base para a condenação, não possibilitam ao acusado exercício regular do seu direito de defesa.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. p.49.

Na busca de respostas céleres para o cometimento de ilícitos, os trâmites policiais e judiciais rumam para um perigoso processo de investigação e apuração sumária dos fatos. Amparado pelo estado-acusação e estado-julgador, o sistema policial deixa de produzir provas que contribuam para seu testemunho, uma vez que, alicerçado na boa-fé do testemunho do funcionário público, ele é suficiente para declarar o sujeito como culpado.

Não é crível que, com a vasta tecnologia disponível a todo momento aos policiais, não seja possível obter qualquer outro meio de prova que corrobore com os testemunhos prestados pelo responsável pela condução e por seus colegas de farda. Indícios mínimos de autoria e materialidade devem servir como justa causa para iniciar uma demanda penal¹¹⁷, outrossim, é necessário provas sólidas para ceifar a liberdade do indivíduo.

No flagrante pelo comércio ilícito de entorpecentes, por exemplo, é necessário e possível acostar fotos e filmagens das negociações, conduzir usuários para prestar depoimentos, confirmar o tempo de campana através do sistema de GPS das viaturas policiais...

Ao contrário do que se espera, é cada vez mais perceptível uma economia processual por parte do Estado. A captação de outros meios de provas no processo penal não é incentivado ou encorajado. Com base na presunção de legitimidade do testemunho prestado pelo agente estatal, outros meios de provas são, de certa forma, dispensáveis.

Os elementos contidos no Inquérito policial, servirão para a permissão de pré-admissibilidade do processo¹¹⁸, mas não são hábeis, por si só, para embasar a condenação do indivíduo, conforme artigo 155, do Código de Processo Penal.

Em uma exordial acusatória em que a acusação dispõe do testemunho do agente estatal como única fonte de prova, o direito de defesa será seguramente defasado. A acusação que não permite ao acusado o exercício da ampla defesa está tirando a sua chance de absolvição.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. p.249.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. p.157.

Como já mencionado, o processo penal adotou a prerrogativa concebida no âmbito administrativo da presunção de veracidade dos atos administrativos e passou a aplicá-la também no âmbito penal.

A teoria idealizada para dar celeridade aos atos administrativos praticados pela Administração Pública, por óbvio, colide com garantias fundamentais previstas na Constituição democrática, quando aplicada no processo penal.

A presunção de veracidade prevê que os atos administrativos serão presumidamente válidos. Sendo assim, inverte-se o que o ônus da prova, ficando a cargo daquele que invocar a inveracidade do ato, a comprovação da sua alegação, neste caso, o réu.

Ocorre que, no processo penal o ônus probatório é daquele que acusa, baseado no que determina a garantia na presunção de inocência do acusado. Com o advento da presunção de veracidade, a acusação do Estado, fundada na presunção de veracidade do agente estatal, viola completamente a presunção de inocência.

Sendo assim, não há possibilidade de aplicação da presunção absoluta de veracidade dos atos administrativo no processo penal. A tratativa da presunção de veracidade no âmbito penal inverte o ônus da prova e retira do acusado a chance de êxito na sua defesa, uma vez que terá o dever produzir prova negativa.

A aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, não trata pura e simplesmente da absolvição do acusado. A absolvição é a expectativa de ganho final do sujeito *-que é presumidamente inocente-* ao se tornar parte em uma demanda penal.

Ser absolvido é a perspectiva séria e real de todo o sujeito acusado no processo penal. Sendo assim, a teoria da perda de uma chance aplicada ao processo penal seria a caracterização de insuficiência na produção probatória possíveis e não produzidas para formação do juízo de certeza acerca da autoria do crime.

A justificativa para a reparação dos danos causados pelo mau exercício da pretensão punitiva do Estado, é pelo fato de que os danos não são meramente

hipotéticos. Nessa toada, o dano a ser compensado será a própria perda da chance probatória em si¹¹⁹.

Muito embora a teoria da perda de uma chance defenda que o sujeito não deva auferir a vantagem total esperada, a tratativa deve ser diferente quando pensada a teoria no processo penal.

Os critérios matemáticos de probabilidade de auferir o lucro perdem sua razão de ser quando não há possibilidade de aplicação no processo penal. Não há possibilidade do indivíduo que tem cem por cento de chance de absolvição, seja ao final sessenta por cento absolvido e quarenta por cento condenado. Aqui, qualquer que seja a porcentagem de dúvida sobre a autoria, mesmo que mínima, milita em favor do acusado, gerando sua absolvição.

Nessa hipótese, a perda de uma chance probatória no processo penal será uma hipótese de absolvição do acusado. Quando a acusação, que tem o ônus probatório, deixar de apresentar provas sólidas das quais o acusado tenha possibilidade de se defender, a perda de uma chance deverá ser invocada em favor do acusado.

Há possibilidade de recorrer à teoria da perda de uma chance probatória em relação à postura adotada pelo Estado-julgador. Na mesma linha de pensamento da produção precária de provas pela acusação, a negativa pelo julgador para a produção de provas pelo acusado, estará tolhendo seu direito a ampla defesa.

O princípio da ampla defesa, como já exposto, é um pressuposto constitucional que determina que toda pessoa que seja réu em processo judicial ou administrativo, terá direito à todos os meios de provas permitido em direito.

A partir da garantia à ampla defesa, é possibilitado ao acusado, trazer para os autos qualquer meio de prova hábil à demonstrar sua inocência¹²⁰. O preceito garante ao réu a utilização de fotos, filmagens, documentos, realização de perícias e qualquer outro meio de prova lícita necessária à contrapor a acusação feita pelo estado-acusação.

¹¹⁹ ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 12, n. 85, p. 9-21, set./out. 2013.

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. p.51.

O indeferimento na produção de provas pelo acusado, por parte do julgador, além de ser uma afronta direta à garantia da ampla defesa, está tirando do acusado, a chance de comprovar a sua inocência.

3.1. A interpretação axiológica do direito em benefício do acusado

A Constituição da República envolve uma gama imensa de direitos que asseguram a proteção à vida e à liberdade do indivíduo¹²¹. Os direitos e garantias fundamentais surgiram como forma de proteger o sujeito da imposição do poder estatal.

Sobre o tema, leciona Paulo Bonavides:

foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra abusos e as violências do Estado.¹²²

A aplicação de toda matéria de direito deve se dar à luz do que preceitua a Constituição da República. As garantias fundamentais são a base de todo o ordenamento jurídico e a sua violação é uma violação à própria Constituição. Não é ato que a Constituição positivada em 1988 seja chamada de Constituição Cidadã.

Nesse sentido, anota Nelson Nery Júnior:

O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema. Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve, por óbvio, ser aplicada. [...] Esta é a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o direito constitucional em toda a sua extensão, independente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando.¹²³

Quando se trata de proteção às garantias individuais e à liberdade, fala-se diretamente sobre a proteção da dignidade da pessoa humana. Nessa linha de

¹²¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. p.2.

¹²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p.545.

¹²³ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. p.42.

pensamento, proteger o cidadão, na sua individualidade, é proteger o Estado Democrático de Direito.

O Magistrado, que ocupa papel de significativa importância, tem o dever de interpretar a norma jurídica, aplicando-a de acordo com a peculiaridade de cada caso.

Interpretar as normas jurídicas visando beneficiar o sujeito, é agir de acordo com o que está pré-estabelecido na Constituição da República. Nesse passo, negar a aplicação da perda de uma chance no processo penal é impedir proteção integral Estatal.

Conforme expõe o doutrinador Alexandre Morais da Rosa, as decisões judiciais estão, cada vez mais, deixando de dizer sobre o caso¹²⁴. O Processo Penal, em especial, deu lugar ao espetáculo midiático. O desejo de apresentar respostas céleres à sociedade sedenta por “justiça, tem custado caro às garantias fundamentais.

É imprescindível, cada vez mais, que a proteção aos direitos e as garantias fundamentais sejam encorajadas. A compulsão pela punição não condiz com as prerrogativas da Constituição Democrática, e o magistrado desempenha um importante papel nesse estigma.

A teoria da perda de uma chance aplicada ao processo penal tem o condão de frear a instalação de um Processo Penal pautado na economia processual. O ônus probatório não se refere à conveniência da acusação, mas sim, no seu dever de demonstrar cabalmente a autoria e materialidade do ilícito penal.

Não é possível que se estabeleça um modelo padrão de decisões em nome da produtividade judicial. O Processo Penal, em especial, trabalha com a liberdade e a vida do indivíduo, não devendo ser tratado apenas como um número positivo na pauta de julgamento.

Anota-se, a lição de Alexandre Morais da Rosa:

O cenário jurídico acabou se transformando no cenário próximo ao da moda. Pode-se apontar que, de um lado, o sujeito deficiente filosoficamente e formatado a partir da Filosofia da Consciência acolhe a última verdade apresentada, enquanto, por outro, o sujeito

¹²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.128.

descobre que não há mais verdade verdadeira e se apoia na estrutura paranoica que lhe diz a verdade; não qualquer verdade: mas toda a verdade. Nesses jogos de lugares, todavia, o papel de enunciação do sujeito resta aterrado pelo receptor inerte da sideração dos sentidos que lhe é apresentada, no que já denominei de “Hermenêutica do Conforto”.¹²⁵

A promoção dos direitos fundamentais é papel exercido pelo estado que, tem dever de tutela em relação aos deveres da acusação, assim como dos direitos do acusado.

Cediço que o juiz tem discricionariedade na interpretação da norma jurídica, podendo decidir de acordo com a formação da sua convicção. Outrossim, o magistrado não deve se furtar de suas obrigações de vinculação legal. Garantir a efetividade e aplicação das garantias fundamentais é obrigação do julgador.

A aplicação da teoria da perda de uma chance no Processo Penal tem ligação direta com o respeito a dignidade da pessoa humana. Uma acusação que não procura produzir todas provas possíveis para buscar a condenação do sujeito, estará ferindo o seu direito ao contraditório, uma vez que estará tirando suas possibilidades de defesa.

A garantia à ampla defesa está sendo violada, no momento em que o acusado tem a possibilidade de defesa perdida, pelo indeferimento na produção de provas pelo magistrado.

Por fim, e não menos inquietante, a negativa da aplicação da perda de uma chance no Processo Penal, estará ferindo também, a presunção de inocência do acusado. A negativa na produção de provas pelo réu ou, a produção precária de provas possíveis pela acusação estará retirando o acusado do seu estado de inocência, e pré julgando a sua culpa.

A conduta da não produção de provas possíveis pela acusação ou pelo indeferimento na produção de provas pelo magistrado, gera o nexo de causalidade em que o resultado dano, será a condenação.

Sendo o autor da conduta ilícita que retira do sujeito a sua expectativa de ganho final, o Estado tem o dever legal de reparação. Havendo nexo de causalidade

¹²⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. p.128.

direta entre a conduta ilícita e o dano, o Estado terá a obrigação legal de indenizar a frustração no ganho do acusado, a partir da teoria da perda de uma chance.

Considerando os efeitos devastadores que uma condenação penal acarreta na vida do indivíduo, não há possibilidade alguma de pensar um direito penal que não seja garantista. Ademais, o garantismo é uma realidade do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição da República é complementemente garantista.

O artigo 5^a da Constituição República traz um extenso rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais que devem ser observadas pelo Estado. Nesse sentir a aplicação da lei penal, que deve se dar à luz da Carta Magna deverá, obrigatoriamente, ser aplicada em conformidade com os direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo teve por objetivo analisar a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, usando como justificativa a invocação dos princípios fundamentais previstos na Constituição da República.

O primeiro capítulo teve a intenção de familiarizar o leitor com a teoria da perda de uma chance, explicando como se dá a sua aplicabilidade, e diferenciá-la de outras formas de responsabilização, principalmente das patrimoniais, no âmbito civil. Ainda, foi elaborado um apanhado de geral de como seria a aplicação da perda de uma chance na esfera penal, pensando na realidade fática do sistema jurídico brasileiro.

Constata-se assim, a necessidade de uma releitura da teoria, para que a mesma seja proficiente, e então, seja possível pensar a sua aplicação no âmbito processual penal.

No segundo capítulo, foi exposta a influência de leis estrangeiras no ordenamento jurídico brasileiro. É apresentado, em especial, o caso *Arizona vs Miranda*, e como o deslinde do caso influenciou o direito ao silêncio no Brasil. A ideia da não autoincriminação e não produção de provas que possa ser prejudicial ao indivíduo foi recepcionada e incluída nas garantias fundamentais na Constituição da República.

Nessa ordem de ideias, buscou-se averiguar o contraponto entre o direito ao silêncio e o testemunho do agente estatal. O direito administrativo, adota como prerrogativa, a presunção de veracidade dos atos administrativo. Nesse viés, os atos praticados pelo agente estatal é considerado válido até que se prove o contrário, sendo que, o ônus de comprovar a inveracidade é daquele que alega.

Aplicado no âmbito penal, a presunção de veracidade dos atos administrativos se depara com a contrariedade do instituto com a garantia da presunção de inocência. Não havendo a possibilidade alguma da aplicação da presunção de inocência em segundo plano, é necessário repensar a aplicabilidade do instituto administrativo na esfera penal.

No terceiro capítulo é apresentado a hipótese de aplicação da perda de uma chance no processo penal, e explicada a sua harmoniosidade com os preceitos fundamentais do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Da análise jurisprudencial, pôde-se notar que, apesar de ser uma teoria consolidada no âmbito civil, ela ainda necessita ganhar espaço no processo penal. Com pouquíssimos julgados, o TJSC tem uma atuação tímida em relação a aplicação da perda de uma chance na esfera penal, não tendo reconhecido até então, nenhum pleito pela aplicação da teoria.

Por fim, extrai-se como lição obtida com a presente monografia, a necessidade de se repensar e reformular os sistema processual penal. O direito penal, assim como as outras áreas do direito, sente uma evidente necessidade de inovação. Outrossim, é necessário que, além de utilizar teses oriundas de outros campos do direito, o aplicador da lei penal faça isso à luz do modelo de direito penal democrático, garantido pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado, v. 10, n. 40, p. 177-214,.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo - RDA, n. 259, jan./abr. 2012.

ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil, São Paulo , v. 12, n. 85, p. 9-21, set./out. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28.ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei de Drogas. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Constituição dos Estados Unidos da América
<https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional, 2.ed. São Paulo, Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. 3d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2016

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LOPES JR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica. São Paulo. Saraiva, 2015.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38. ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em março de 2018.

MIRZA, Flávio. Revista eletrônica de direito processual – periódico semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, vol. V, Rio de Janeiro: 2010.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil Doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Garantias Fundamentais na área criminal. São Paulo, Manole, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 22. ed. São Paulo, Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Monografia Jurídica: orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PITMAN, Lawrence S. Wrightsman And Mary L.. The Miranda Ruling: Its Past, Present, and Future. Oxford University Press, [S.L], mai. 2010. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199730902.001.0001/acprof-9780199730902-miscMatter-1>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

QUEIJO, Maria Elizabeth, O direito de não produzir prova contra si mesmo (O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). 1.ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo, RTDP, 25, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 3.ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal. Conjur. Publicado em: 20 de junho de 2014. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-proceso-penal#_ednref3>. Acesso em mar. 2018.

RUFFI, Renan. "A guerra às drogas é uma decisão política", diz policial afastado do Denarc. 2015. Disponível em:

<<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-as-drogas-e-uma-decisao-politica-diz-policial-afastado-do-denarc-3640.html>>. Acesso em: março 2018.

SILVA, Rafael Peteffi da Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro / Rafael Peteffi da Silva. - 3.ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. Vieses da justiça: Florianópolis: EModara, 2018.

