

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRESSA OLIVEIRA COELHO

**O INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO
PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO ARROLAMENTO
EXTEMPORÂNEO DE TESTEMUNHA SUPERVENIENTE OU INTEMPESTIVA**

VITÓRIA
2023

ANDRESSA OLIVEIRA COELHO

O INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO ARROLAMENTO EXTEMPORÂNEO DE TESTEMUNHA SUPERVENIENTE OU INTEMPESTIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Prof. Dr. Anderson Burke Gomes

VITÓRIA
2023

ANDRESSA OLIVEIRA COELHO

O INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO ARROLAMENTO EXTEMPORÂNEO DE TESTEMUNHA SUPERVENIENTE OU INTEMPESTIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, sob orientação do Profº. Drº. Anderson Burke Gomes

Aprovada em: de de 2023.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Anderson Burke Gomes

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

Prof. Me. Nestor Távora

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais
– FDV

Advogada Gabriela Brito Burke

RESUMO

Objetiva a presente pesquisa analisar as implicações da evolução do pensamento jurídico francês, originário da Teoria da Perda de uma Chance (*perte d'une chance*) concebida em matéria de responsabilidade civil e, posteriormente, transpassada para o processo penal. Pretende-se, sopesar, a interpretação da rigidez dogmática do art. 396-A do CPP com a flexibilização do art. 209 do CPP, a fim de analisar o AREsp 1.940.381, 5º Turma do STJ relativa à (in) aptidão do STJ para reformar sentença condenatória, com base nos parâmetros estabelecidos pelo Direito Probatório, e pelo Sistema de Nulidades. É indispensável para essa pesquisa observar que, ainda, não foi totalmente pacificado pelos tribunais brasileiros a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, o que fortalece o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro tem sido remansoso na importante missão de uniformizar a aplicação da teoria em suas decisões. Observar-se-á, também, que a Teoria da Perda de uma Chance prestigia o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, compatibilizando-se com os direitos e garantias constitucionais. O procedimento metodológico se pauta na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, somadas à legislação pertinente em vigor, com enfoque interdisciplinar que promove o diálogo entre Direito Civil, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Palavras-chave: perda de uma chance; rigidez e flexibilização do CPP; garantias constitucionais; direito probatório; sistema de nulidade; reforma de sentença; tribunais superiores; (in)aptidão; prova extemporânea; testemunha superveniente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A APLICAÇÃO DA “TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA” .9	
1.1 A ORIGEM HISTÓRICA.....	9
1.2 APLICAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	12
1.3 A RIGIDEZ DOGMÁTICA DO ART. 396-A DO CPP	15
1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 209 DO CPP.....	18
1.5 CONSEQUÊNCIAS DO INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA DEFENSIVA.....	20
2 ANÁLISE DAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS	22
2.1 O RIGOR DOGMÁTICO E FORMALISTA DO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	22
2.2 VIOLAÇÃO A BOA-FÉ PROCESSUAL E AO CONTRADITÓRIO	23
2.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	24
3 ANÁLISE DO AREsp 1.940.381, 5º TURMA DO STJ, À LUZ DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	25
3.1 A RECENTE DECISÃO DO STJ EM AGRAVO DE RECURSO ESPECIAL E A SUA (IN)APTIDÃO DE REFORMAR SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	25
3.2 O DIREITO PROBATÓRIO	27
3.3 O SISTEMA DE NULIDADES	28

4 O RENDIMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À INSTRUÇÃO PROCESSUAL CRIMINAL.....	29
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende analisar a (in)aptidão da reforma de sentença condenatória pelos tribunais superiores a partir da Teoria da Perda de uma Chance nascida na França. Essa teoria gera uma nova modalidade de dano, ensejando a indenização resultante da supressão da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Por meio dela é possível uma indenização por um dano independentemente da certeza, apesar de ser necessária uma chance séria e real.

Diante das dificuldades enfrentadas para a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto, o trabalho ora proposto demonstrará por meio de decisões de aplicabilidade da referida teoria que, vem sendo corolário da promoção da igualdade e segurança jurídica, sendo que, respeitar o direito do réu se provar inocente harmoniza-se com os valores de uma sociedade justa e que se preocupa em resguardar os direitos e garantias fundamentais

Nesta perspectiva, a presente pesquisa se propõe a seguinte reflexão: “quando o indeferimento do pedido de produção de provas é causa para se sustentar a perda de uma chance probatória para o réu?”.

O percurso trilhado para delinear a seguinte reflexão proposta se dará em 4 capítulos, a saber: a aplicação da “teoria da perda de uma chance probatória”, a análise das garantias e princípios constitucionais envolvidos, a análise do AREsp 1.940.381, 5ª Turma do STJ, à luz da teoria da perda de uma chance e, por fim, o rendimento da teoria da perda de uma chance à instrução processual criminal.

O capítulo um promoverá uma contextualização histórica acerca da origem e aplicação da chamada teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), de inspiração francesa. Em um primeiro momento, foi aplicada em matéria de responsabilidade civil. Apesar de ter origem no âmbito do Direito Civil, a teoria, passou a ser aplicada em matéria de Direito Processual Penal. Neste âmbito, aplica-se nas situações em que o indeferimento da produção de provas frustra a expectativa de se provar inocente. Na sequência fará um contraponto entre o rigor dogmático do art.396-A, com a

flexibilização do art. 209, ambos do CPP. E, por fim, ainda trata das consequências do indeferimento de prova defensiva, sob o argumento de que, toda prova é necessária e nada é dispensável.

No capítulo dois, o estudo analisará o papel preponderante das garantias e princípios constitucionais positivados na CF/88, em seu art.5º, incisos LIV, LV. Em derradeiro, o capítulo analisará a violação a boa-fé processual, o contraditório, a ampla defesa e devido processo legal, nos casos em que for indeferido à parte a produção de provas, causando a perda da chance do acusado se provar inocente.

Já no capítulo três, buscar-se-á compreender o AREsp 1.940.381, 5º Turma do STJ à luz da Teoria da Perda de uma Chance, etendendo que o trabalho terá alcançado a maturação teórica enfrentareos o problema de pesquisa, respondendo, portanto, que o STJ não possui competência para reavaliar fatos e provas, de modo que detém aptidão para reverter uma sentença condenatória, vide Súmula nº7, STJ. Sendo assim, o STJ somente poderá exercer competência extraordinária, nos casos em seja factível a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, mediante provas que contenham relevância e força probante e que não conste hipótese de nulidade da sentença, elencada no rol do art. 564, CPP. Todavia, isso não engessarará o livre convencimento do juiz, que deve ser sempre ponderado e levado em cosideração.

No último capítulo 4 o estudo analisará o rendimento da instrução processual criminal e tece criticas pontuais ao Código de Processo Penal brasileiro, mesmo havendo profunda reforma nos procedimentos, ainda manteve a redação originária do art. 564 do CPP o que em nada auxilia a difícil missão pelo baixo nível de conformidade da Constituição com o Código de Processo Penal de 1941. O que acarreta consequencias probatórias do indeferimento da produção de provas em virtude do formalismo exacerbado em que os juizes, meros repetidores da lei, restringemsuas decisões a a um Código defasado negligente e moroso.

1 A APLICAÇÃO DA “TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA”

1.1 A ORIGEM HISTÓRICA

Perte d'une chance, a chamada “Teoria da Perda de uma Chance” de inspiração francesa, teve origem no final do século XIX e início do século XX. Inicialmente, citada em matéria de responsabilidade civil aplica-se, aos casos em que ocorra: *a conduta do agente, o dano certo e atual e o nexos de causalidade entre ambos*.

Nas palavras de François Chabas, os elementos que caracterizam a perda de uma chance são a conduta do agente um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como dano; o nexos causal entre a conduta e as chances que se perderam. (CHABAS *apud* GONDIM, 2005).

A teoria da perda de uma chance é resultado de uma evolução do pensamento jurídico francês, traduzida por novos dimensionamentos para o nexos causal e o dano, sem abandonar totalmente os conceitos clássicos.

Nessa esteira, o filósofo francês Michael Foucault, destaca a inauguração do primeiro caso emblemático, “*Bouillier v. Parisien*”, ocorrido no ano de 1896. O historiador francês descreve esse caso em seu livro “Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão” (1975). Foucault argumenta que esse caso foi emblemático porque ilustra a transição da tortura e do suplício como formas de punição para a prisão como forma dominante de controle social.

Por sua vez, “*Bouillier v. Parisien*”, retrata o caso em que um paciente foi atendido em um hospital em Paris e submetido a uma cirurgia para a retirada de um tumor no cérebro. Durante o procedimento, houve uma negligência por parte do médico anestesista, que acabou causando a morte do paciente.

Fundamenta-se neste diapasão que, o termo “punir” foi, pela primeira vez, reconhecido pela Corte de Cassação Francesa, como sendo o “direito à

indenização” pela perda de uma chance, pois houve a morte de um paciente por negligência médica.

Em resposta a esse cenário, e por influência da teoria "perte d'une chance", a família do paciente teve direito a ser indenizada pela perda da chance de sobrevivência do paciente, que teria aumentado se tivesse recebido tratamento adequado.

Conforme Gondim (2005, item 5.2) essa teoria evidencia que deverão estar presentes os elementos básicos da responsabilidade civil, mas o dano e o nexo causal serão analisados através de uma nova visão. Isso porque se trata de uma chance perdida, devendo existir uma probabilidade concomitante a uma certeza.

Respaldo por doutrinadores franceses, Sérgio Severo (*apud* SILVA, 2009). demonstra perfeita compreensão das condições de aplicação da teoria da perda de uma chance, particularmente importante para o Brasil, haja vista as imprecisões encontradas nos julgados pátrios.

Importante ressaltar que a maioria das decisões que utilizam a teoria da perda de uma chance é proferida a partir do início do novo milênio, sendo essa mentalidade aqui expressa, que reflete sobre a incipiência dos julgados que versam sobre o objeto de estudo deste trabalho. Bom exemplo de nossa afirmação são os julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹ (SILVA, 2009, p.196-197).

¹ Bom exemplo de nossa afirmação são os julgados proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2003.001.19138. Apelante: Sebastião Carneiro da Silva. Apelado: Rápido Monteiro Ltda. Relator: Des. Ferdinando Nascimento, julgado em 7 de outubro de 2003; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2003.001.16359. Apelante: Francisco Riente. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 22 de julho de 2003; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2002.001.26889. Apelante: Bohdan Lavacek. Apelado: Condomínio do Edifício Belle View. Relator: Des. Ricardo de Couto e Castro, julgado em 30 de abril de 2002; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2001.001.26496. Relator Des. Marly Macedônio França, julgado em 26-3-2002. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2000.001.05364. Apelante: Vinicius Ottoni de Carvalho e outro. Apelada: Polygram do Brasil Ltda. Relator: Des. Severiano Aragão, julgado em 31 de maio de 2000 e RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 1998.001.01927. Apelante: Enir Vaccari Filho. Apelado: São Bernardo Assistência Médica S.A. Relator: Des. Paulo César Salomão, julgado em 19 de maio de 1998.

O mesmo acontece com o Tribunal de Alçada do Paraná. Cf. PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível no 224231-1. Apelante: Eliza Figueiredo Turrissi e outros. Apelado: Unimed de Londrina. Relator: Sérgio Luiz Patittuci, julgado em 22 de abril de 2003; PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível no 0246761-8. Apelante: Joel Ângelo Brites. Apelado: Danilo César Machado. Relator:

Cumpra observar, contudo, que alguns tribunais brasileiros ainda não aplicaram a teoria da perda de uma chance. Muito embora, avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance goza de aplicação uniforme, geral e irrestrita por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro ângulo, não se pode apontar qualquer linha jurisprudencial que, tendo efetuado profundo estudo da teoria da perda de uma chance, tenha tomado posição definitivamente refratária à sua aplicação. Encontram-se, contudo, alguns acórdãos isolados, os quais negam algumas aplicações da teoria da perda de uma chance. (REsp n. 32.575/SP, relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 1/9/1997, DJ de 22/9/1997, p. 46396.²; e Apelação Cível, Nº 70002732634³, Nona

Des. Antonio Renato Strapasson, julgado em 13 de fevereiro de 2004 e PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível no 137002-3. Relator: Eduardo Fagundes, julgado em 13 de setembro de 1999.

Desde a primeira edição deste trabalho a jurisprudência paulista já admite, por intermédio de algumas decisões dos Tribunais de Alçada, a utilização da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade de advogado. Nesse sentido: SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Apelação Cível no 606170-00/5. Apelante: Francisco de Souza Castro. Apelada: Maria das Dores Almeida. Relator: Des. Luis de Carvalho, julgado em 31 de outubro de 2001; SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Apelação Cível no 620806-00/0. Apelante: Intertécnica Engenharia Ltda. Apelado: José Luiz Polastro. Relator: Des. Ferraz Felisardo, julgado em 25 de junho de 2002. SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Apelação Cível no 648.037-00/9, julgado em 11 de dezembro de 2002. Relator: Juiz Dyrceu Cintra. Também, SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Apelação Cível no 680655-1. Relator: Juiz Costa Telles, julgado em 23 de outubro de 1996. (SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009; Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4888-7> Acesso em: mai. 2023, p.196-197)

² ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATORIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PUBLICOS. HIPOTHESES EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALEM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. SE O ESTADO DISPENSA A LICITAÇÃO PARA A CESSÃO DE USO DE BEM PUBLICO, AS EMPRESAS ASSIM ALIJADAS DA CONCORRENCIA DEVEM ATACAR O ATO ADMINISTRATIVO QUE DEIXOU DE SEGUIR O PROCEDIMENTO PROPRIO; SEM A ANULAÇÃO DESTE, O HIPOTETICO LUCRO QUE TERIAM SE VENCESSEM A LICITAÇÃO NÃO É INDENIZAVEL, NA MEDIDA EM QUE O ARTIGO 1.059 DO CODIGO CIVIL SUPÕE DANO EFETIVO OU FRUSTRAÇÃO DE LUCRO QUE RAZOAVELMENTE SE PODERIA ESPERAR - CIRCUNSTANCIAS INEXISTENTES NA ESPECIE, EM RAZÃO DA INCERTEZA ACERCA DE QUEM VENCERIA A LICITAÇÃO, SE REALIZADA. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO CONHECIDO E PRÓVIDO; PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO PELA CAMPANHIA BRASILEIRA DE PETROLEO IPIRANGA. (REsp n. 32.575/SP, relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 1/9/1997, DJ de 22/9/1997, p. 46396.)

³ Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL ILÍCITO RELATIVO SUSPENSÃO DO DIREITO DE OPTAR PELA CONVERSÃO DE DEBENTURES EM AÇÕES DA COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE - DESDE O MOMENTO DO AVISO PRÉVIO DE RESGATE QUE OCORRERIA EM QUINZE DIAS. Previstos na escritura de emissão de debêntures direito de resgate à emissora, mediante aviso prévio de quinze dias, e direito de conversão dos títulos em ações através de

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em: 12-09-2001)

1.2 APLICAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Definido os aspectos históricos no tópico anterior da teoria da perda de uma chance para o presente estudo, convém proceder a sua diferenciação. Inicialmente, de origem *civilista* e, posteriormente, aplicado ao processo penal.

De início, buscar-se-á delinear a correta adesão ao ordenamento jurídico brasileiro que, privilegia requisitos essenciais ao STJ, notadamente, *dano real, atual e certo*, dentro de um *juízo de probabilidade*, e não de mera possibilidade.

Especialmente no que concerne à esfera judicial, o STJ incorporou essa mentalidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável, vide entendimento do Recurso Especial a seguir:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS,

manifestação do debenturista, a opção pronunciada entre a data da publicação do aviso e a data do resgate é válida e sua inobservância implica inadimplemento, sujeitando o inadimplente à responsabilidade civil e à indenização. QUALIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MATERIAL ININDENIZABILIDADE DE PERDA DE UMA CHANCE. No direito pátrio, indenizam-se os danos certos, não se contando entre eles a perda de uma chance. Lucros futuros, que seriam decorrentes de decisões a serem tomadas potestativamente pelo aplicador do mercado de ações, no caso, o autor da ação, enquadram-se na perda de chance e não são reparáveis. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. Inaplicabilidade de princípios de direito público, como o da supremacia do interesse público, em se tratando de negociação societária, envolvendo emissão de debêntures e seu desdobramento. PROCESSUAL CIVIL Impõe-se à CEEE o preparo de seus recursos, pena de deserção. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM RAZÕES DE APELAÇÃO. Não há óbice ao acostamento de decisões judiciais, mas o parecer técnico já produzido antes da sentença deveria ter sido juntado na fase instrutória, pena de agredirem-se princípios do contraditório e da ampla defesa, além de dispositivos legais de processo. Desentranhamento determinado. Não conhecimento, no julgamento do apelo. Decaimento recíproco. Repartição da sucumbência. Art. 21, caput do CPC. Agravo retido desprovido. Apelação parcialmente provida. Recurso adesivo não conhecido. (Apelação Cível, Nº 70002732634, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em: 12-09-2001)

PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e denexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexode causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";

V - Recurso especial provido.

(REsp n. 1.104.665/RS, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 9/6/2009, DJe de 4/8/2009.)

Tendo em vista os fatos aqui delineados, pode-se observar que a correta adesão à teoria ocorre no momento em que a defesa deve alegar a perda de uma chance probatória, especialmente no que concerne a situações em que houve o indeferimento da produção de prova defensiva que, por sua vez, tem o condão de influenciar significativamente para a formação da convicção do magistrado.

Para exemplificar, o STJ aplicou a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar (STJ. 3ª Turma, REsp. n. 821.004/MG, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 24/9/2010)⁴.

⁴ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação. II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que

Ao passo que, em outros julgados a chance perdida assume centralidade apenas no dever ser real e sério, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada (AgRg no REsp n. 1.220.911/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 25/3/2011)⁵.

Feita essa distinção, observa-se que, muito embora o STJ reconheça e aplique, a teoria da perda de uma chance, em casos concretos que foram enfrentados, não há uma uniformidade entre as decisões. O mesmo raciocínio se aplica – com maior intensidade, vale dizer – nos domínios do *processo penal*, em que a teoria é aplicada de forma ainda incipiente, exigindo contornos ainda mais precisos.

era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido. (REsp n. 821.004/MG, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 24/9/2010.)

⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal. 2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação. 3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras. 6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.220.911/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 25/3/2011.)

1.3 A RIGIDEZ DOGMÁTICA DO ART. 396-A DO CPP

Definido o grau de abrangência da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance por parte de alguns tribunais, convém proceder a sua diferenciação em relação ao rigor dogmático positivado pelo art.396-A, CPP cuja taxatividade se expressa pelo prazo de dez dias para apresentação de resposta, bem como do rol de testemunhas.

Nesse momento o acusado tem a faculdade de arrolar testemunhas, tratando-se de direito subjetivo à prova - indeclinável prerrogativa jurídica - que tem a pessoa que resiste à pretensão condenatória (TÁVORA, 2023, p. 1.233). Conforme o mesmo autor, não é lícito ao juiz indeferir a prova testemunhal de antemão, sob o argumento de que as testemunhas nada sabem sobre o fato (TÁVORA, 2023, p. 1.233-1.234).

No entanto, grande dúvida paira a respeito da apresentação posterior das testemunhas. Não há consenso a respeito de sua admissão, especialmente porque, no contexto do paradigma liberal, a função do juiz foi reduzida à de mera “boca da Lei” (*bouche de la loi*), cujo papel seria declarar o sentido que se acreditava decorrer naturalmente do próprio texto da norma (COURA, 2009, p.51), de modo que os juízes não vanguardistas se limitam ao texto normativo.

É preciso atenuar o rigor dogmático do art. 396-A, do CPP, atribuindo-lhe uma interpretação teleológica. Em feliz síntese Ferraz Jr., conceitua que

(...) o pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir um propósito às normas. No direito brasileiro, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art.5º, contém uma exigência teleológica: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. As expressões *fins sociais* e *bem comum* são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade (FERRAZ Jr., 2015, p. 253).

Nessa linha de intelecção, prossegue o autor:

Faz-se mister assim encontrar nas leis, nas constituições, nos decretos, em todas as manifestações normativas seu *telos* (fim), que não pode jamais ser anti-social. Já o “bem comum” postula uma exigência que se faz à própria sociabilidade. Isto é, não se trata de um fim do direito, mas da própria vida social (FERRAZ Jr., 2015, p. 253).

Com efeito, vê-se a importância de reconhecer que, em certas situações, o direito fundamental à prova reclama a preponderância. Imaginemos, por exemplo, a realidade da Defensoria Pública, que lida com uma elevada quantidade de assistidos e enfrenta dificuldades estruturais. Muitas vezes não se mostra possível estabelecer contato prévio com o assistido de modo a arrolar tempestivamente as testemunhas, situação que justificaria a admissão posterior.

Por outro lado, caso o acusado conte com uma defesa técnica patrocinada por Escritórios consolidados e especializados, o livre convencimento do magistrado ganha mais espaço, de maneira que eventual indeferimento terá maior legitimidade.

Considerando que a prova testemunhal é um dos meios probatórios mais utilizados, especialmente na chamada 'criminalidade clássica', outra possível exceção ao direito fundamental à prova é o chamado *hearsay testimony*, isto é, a testemunha do 'ouvi dizer' (LOPES Jr., 2015)⁶

Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2020, p.1860), a “testemunha de ouvi dizer” é aquela que

não viu ou presenciou o fato e tampouco ouviu diretamente o que estava ocorrendo, senão que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato. No nosso sistema, esse tipo de depoimento não é proibido, mas deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade. É ainda bastante manipulável e pode representar uma violação do contraditório, eis que, quando submetida ao exame cruzado (cross examination) na audiência, não permite a plena confrontação. A título de curiosidade, no sistema inglês existem três provas passíveis de exclusão (exclusionary rules) e proibição valoratória: a) hearsay: testemunha de “ouvi dizer”; b) bad character: prova sobre o mau caráter. Importante para evitar o direito penal do autor (eis outra proibição de prova que poderíamos adotar, especialmente no tribunal do júri); c) prova ilegal. Enfim, a testemunha de “ouvi dizer” (hearsay) não é propriamente uma prova ilícita, mas deveria ser evitada pelos riscos a ela inerentes e, quando produzida, valorada com bastante cautela (LOPES JR., 2020, p. 1860)

⁶ LOPES JR., Aury. Testemunho “hearsay” não é prova ilícita, mas deve ser evitada. **Revista Consultor Jurídico**. 30 de outubro de 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2> > Acesso em: mai. 2023;

Isso reforma o que foi dito acima, no sentido de que, em dados cenários, pode o magistrado indeferir a testemunha com base em seu livre entendimento. E mais, tal indeferimento se mostra razoável até mesmo na hipótese de apresentação temporânea do rol de prova testemunhal.

Feita essa ressalva, observa-se a preocupação da doutrina processual quanto à aceitação da a testemunha de 'ouvi dizer' (*hearsay*). Muito embora no nosso sistema, esse tipo de depoimento não seja proibido, deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade.

Por todo exposto, a testemunha de 'ouvi dizer' (*hearsay*) não é propriamente uma prova ilícita, mas deveria ser evitada pelos riscos a ela inerentes e, quando produzida, valorada com bastante cautela ou mesmo não valorada. Além disso, pouco contribui em termos de contraditório substancial. Não há contribuição efetiva, portanto, é considerada uma prova fraca (LOPES Jr., 2015).

Nesse ambiente é que surge a colisão envolvendo as “garantias dos direitos fundamentais”, que é cerceada pelo rigor formal dos juízes, cuja postura mecânica restringe-se a meros aplicadores da lei. ”. A crítica de Dworkin, reside justamente no fato de o mesmo compreender o direito como integridade e defender a existência de princípios norteadores das decisões judiciais, devendo o juiz corrigir o direito por meio da moral, não sendo um defensor da discricionariedade judicial, como por vezes se afirma (MORAES; LEAL, 2019, p.56-57).

Nesse diapasão, direito é pautado sobre princípios como o da justiça, do devido processo e da equidade, pretendendo essa corrente que o direito se torne uma comunidade de princípios. Deve-se buscar, dessa forma, a melhor interpretação possível segundo critérios que são ditados pelos princípios (DWORKIN, 2007a, *apud* MORAES; LEAL, 2019, p.57). Como observa Guest (2010, p. 63), “devemos, na visão de Dworkin, extrair o melhor sentido moral dos argumentos”.

Deve-se buscar, dessa forma,” a melhor interpretação possível segundo critérios que são ditados pelos princípios” (DWORKIN, 2007a). Tais princípios retromencionados

devem orientar a interpretação a fim de que se observe a integridade no sentido dworkiniano.

No que atine à discussão acerca do direito do réu em um processo de dispor do direito a produzir provas, que, ao fim do processo, teria o condão de demonstrar seu direito, sendo este razoável à chance perdida e não ao resultado final.

O comportamento estritamente dogmático dos tribunais afeta diretamente na perda da chance do réu se provar inocente que, ainda, esperam que esse direito seja aplicado de maneira uniforme pelos tribunais. Inegável, portanto, que o poder judiciário se torna hermético, sendo ausente, quase por completo, o diálogo entre Estado e sociedade.

Por oportuno vale observar o posicionamento do próprio STJ, que já referendou a visão de que o indeferimento da prova testemunhal não enseja a nulidade do processo, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DO ROL DE TESTEMUNHAS PELA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.
1. A Jurisprudência desta Corte, é firme ao afirmar que inexistente nulidade na desconsideração do rol de testemunhas quando apresentado fora do prazo estabelecido no art. 396-A do Código de Processo Penal - CPP.
2. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 728.360/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022).

Nesse cenário, deve-se ajustar as balizas do conflito existente entre o livre convencimento do julgador, o que em tese justificaria a inadmissão de provas que julgar impertinentes, e o direito fundamental à produção de prova que, caso violado, causaria a perda de uma chance de o acusado demonstrar a sua inocência ou mesmo mitigar a pena em algum aspecto do processo dosimétrico.

1.4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 209 DO CPP

De acordo com o art. 209, do CPP, o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. A nosso sentir, parece-nos que o dispositivo legal, se interpretado sistematicamente e em sintonia com as garantias

do contraditório e da ampla defesa, justificaria a aceitação extemporânea das testemunhas.

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. Essa é a dimensão substancial do princípio do contraditório que o garante (DIDIER Jr., 2019, p.53). O direito ao exame da prova produzida é corolário desse direito.

Isso porque, à luz do contraditório efetivo, “para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram” (MARINONI; ARENHART, 2005, p.461). Fato é que, se o julgador sequer oportuniza a produção da prova testemunhal, a estrutura dialética do processo se esvazia e retira a racionalidade intersubjetiva da sentença condenatória. (DIDIER Jr., 2017, p. 53-55).

Muito embora a liberdade do juiz de decidir caracterize uma discricionariedade (motivada), é importante conferir ao órgão julgador um limite que seja razoável para o direito fundamental à prova, de modo a flexibilizar a admissão extemporânea de testemunhas intempestivas ou supervenientes, o que reforça que a atuação jurisdicional, nesse particular, constitui uma discricionariedade vinculada/motivada.

Com isso, a dimensão substancial do contraditório assumirá contornos efetivos, posto que ao acusado será franqueado se valer de todos os meios possíveis e adequados para comprovar a sua inocência. Em certos cenários, o indeferimento, injustificado e desarrazoado, poderá resultar na perda de uma chance de comprovar a inocência, o que fatalmente fulminará o decreto condenatório que será invalidado em instâncias superiores.

O princípio do contraditório encontra-se estampado no inciso LV do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, e significa que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tem-se assim um panorama de que o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação

no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder (DIDIER Jr., 2019, p.107).

Por todo exposto, deve-se pontuar que, o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias, a saber: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

Feita essa distinção, cumpre apontar num primeiro momento que, a garantia da participação trata-se da dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. E, em um segundo momento, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência” (DIDIER Jr., 2019, p.107).

Com isso, nota-se que a “efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas” (DIDIER Jr., 2019, p.107).

A igualdade processual revela-se na “paridade de armas” e no “equilíbrio processual”. Com base nessa regra, na esfera jurisdicional, para além da ideia do tratamento isonômico das partes, é necessário pensar também no limite razoável para o direito fundamental à prova, isto é, a liberdade de decidir dos juízes. Na sugestiva lição de Rafael Abreu, o juiz deve atuar para neutralizar as desigualdades” que possam afetar a atuação das partes e promover uma “equivalência de oportunidades” a todos os sujeitos processuais (ABREU *apud* DIDIER JR., 2019, p.113).

1.5 CONSEQUÊNCIAS DO INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA DEFENSIVA

A teoria da perda de uma chance probatória ao aproximar-se do processo penal, à luz dos requisitos: *dano real, certo e provável*. Com isso, observa-se que a prova defensiva possui valor intrínseco e deve ser avaliada, ainda que não seja capaz de demonstrar a inocência do réu. O que se percebe, portanto, é que a prova defensiva

pode ser fundamental, seja para a definição da culpabilidade, ou seja para a aplicação da pena.

A inadmissão de provas pelo juiz pode causar prejuízos irreparáveis ao réu, como a perda da chance de demonstrar sua inocência ou obter uma decisão mais favorável. Além disso, as consequências do indeferimento de prova defensiva podem ensejar a nulidade do processo, onerando o processo de morosidade, o que afasta o processo penal de seu compromisso com a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Conforme as lições de Aury Lopes Jr., no processo penal, em que se lida com os mais valiosos direitos, dentre eles, a liberdade, a “*forma é garantia*” e, portanto, deve ser respeitada e cumprida (LOPES JR., 2020, p.583). Vê-se, assim, que a recusa em admitir provas defensivas pode ser considerada como uma violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, positivados pela Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso LIV. O que resulta em uma sentença condenatória cujo lastro probatório afasta-se do *standard* racional mínimo.

Dado a isso, para que um *standard* seja completo, deve exigir provas que suportem todos os fatos pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes (BADARÓ, 2019). Como se sabe, para que uma condenação penal seja legítima, é preciso estar lastreada por provas sólidas e contundentes, capazes de refletir um *standard* probatório razoável.

Nesse sentido, faz-se mister, destacar que, o *standard* probatório utilizado no Sistema Processual Penal Brasileiro, busca chegar à verdade mais próxima dos fatos. Entretanto, por ser a verdade real uma finalidade por diversas vezes inalcançável, adota-se na atual sistemática brasileira, em consonância com o Sistema Acusatório e ao Estado Democrático de Direito, a verdade processual ou judicial.

Esses graus de “aval” não são probabilidades matemáticas (HAACK, 2014). Assim, busca-se alcançar uma condenação legítima, lastreada em provas sólidas e contundentes, que reflitam um *standard* probatório razoável, fundamental na construção de uma paz e justiça social (PRESTES, 2022).

O *standard* probatório seria os parâmetros a serem seguidos pela justiça para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu. *Standard* probatório seria o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir. Os Standards são, portanto, os graus de “aval”, confiabilidade, credibilidade, confiança (portanto, sempre subjetivo).

2 ANÁLISE DAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

2.1 O RIGOR DOGMÁTICO E FORMALISTA DO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

É papel essencial do processo penal promover a aplicação da justiça, sempre com vistas a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas envolvidas em uma investigação ou processo criminal. Em sintonia com tal mister, o rigor dogmático e formalista do processo penal se refere ao estrito cumprimento das normas e regras processuais, como formas de garantir a segurança jurídica e a imparcialidade do julgamento.

No entanto, esse rigor não pode se sobrepor às garantias constitucionais e aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no processo. Nesse momento, buscar-se-á demonstrar que as garantias constitucionais privilegiam valores essenciais ao devido processo legal, notadamente, o contraditório e a ampla defesa, a teor do que dispõe os incisos LIV, LV, art. 5º da Constituição Federal.

Historicamente, o princípio do devido processo legal foi positivado no Direito Constitucional Brasileiro através da Carta Magna Inglesa. Nesse sentido, destaca-se a lição autorizada de Frederico Marques:

[...] quando se fala em processo e não em simples procedimento, alude-se sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do

contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais. (MARQUES *apud* SILVA, 2015, p.435).

As garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal estão no catálogo de direitos e garantias fundamentais, que, por sua vez, representam cláusulas pétreas, isto é, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a sua destruição (PEDRA, 2018, p. 55).

Nesse sentido, faz-se imperioso destacar a busca pelo equilíbrio entre o rigor dogmático e formalista do processo penal em consonância com as garantias constitucionais. De modo que, a observância fria das regras e normas processuais não pode levar à violação dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo. Portanto, o processo penal deve ser conduzido de forma justa e equilibrada, respeitando as garantias processuais.

2.2 VIOLAÇÃO A BOA-FÉ PROCESSUAL E AO CONTRADITÓRIO

É papel dos princípios constitucionais envolvidos na promoção à boa-fé processual e ao contraditório assegurar a integridade e a justiça do processo. A Constituição Federal por seu turno, estabelece as diretrizes fundamentais que devem ser observadas no decurso da tramitação do processo. Ocorre, no entanto, que a violação desses princípios pode comprometer a validade das decisões judiciais.

A boa-fé processual por sua vez, é o princípio que exige que as partes ajam de forma ética e honesta no processo, a fim de evitar condutas que possam prejudicar a outra parte, bem como a própria administração da justiça a violação à boa-fé ocorre quando uma das partes litigantes no processo age com má-fé ao praticar atos enganosos ou fraudulentos. Isso pode incluir a apresentação de provas falsas, a ocultação de informações relevantes ou a prática de manobras processuais cujo intuito é o de atrasar o andamento processual cercear o direito da outra parte se provar inocente

Com isso, observa-se que a garantia constitucional do contraditório está intimamente ligada à boa-fé processual. O contraditório é um princípio que assegura o direito das

partes de participarem ativamente do processo, viabilizando a apresentação de suas alegações, contestação das alegações da parte contrária e, por fim, mas não menos importante, a produção de provas para sustentar suas posições.

A esse respeito, destaca Ada Pellegrini Grinover (2010, 243): “ garantias como as da defesa, do contraditório, da igualdade e par condicio estão à base da regularidade do processo e da justiça das decisões, não podendo disso escapar o direito à prova que, à evidência, nada mais é do que uma resultante do contraditório”.

A violação ao contraditório ocorre quando uma das partes é impedida de exercer plenamente esse direito, seja por restrições indevidas impostas pelo juiz, por cerceamento de defesa ou por ausência de oportunidade para se manifestar sobre questões relevantes capazes de mudar os rumos do processo e ensejar a comprovação da inocência de uma das partes.

Em síntese, ao analisar a violação à boa-fé processual e ao contraditório, a tarefa do Poder Judiciário consiste, especialmente, no dever de agir com observância à aplicação das normas constitucionais. Afinal a proteção a esses princípios é essencial para a garantia de um processo justo e equilibrado e, para aqueles que agem de má-fé devem ser responsabilizados, seja por meio da aplicação de sanções processuais, como indenizações, seja pela anulação de atos praticados de forma equivocada.

2.3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é a garantia positivado pelo art. 5º, inciso LIV, da CF/88 traduz-se como uma garantia que atende aos ditames constitucionais. No tocante a aplicação da sanção penal, a pretensão punitiva deve ser submetida a autoridade competente, dentro de um procedimento regular, tendo como alicerce provas que sejam validamente colhidas e que respeitem o contraditório e ampla defesa.

Na lição de José Herval Sampaio Júnior “ vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador” (SAMPAIO *apud* TÁVORA, 2020, p.102).

Nessa linha de pensamento, cumpre frisar que o processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal como garantia suprema do *jus libertatis* (TÁVORA, 2020, p.103).

Diante da controvérsia suscitada e, ponderando, de um lado, a previsão legal instituída pelo art. 396-A, CPP, e de outro, a inegável valorização da teoria da perda de uma chance probatória, a presente pesquisa se propõe a enfrentar no próximo capítulo sobre o indeferimento do pedido de produção de provas e, quando este revela-se apto a ser definido como causa para se sustentar a perda de uma chance probatória para o réu. A partir da compreensão do papel da Teoria da Perda de uma Chance desempenhado pelo STJ.

3 ANÁLISE DO AREsp 1.940.381, 5º TURMA DO STJ, À LUZ DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 A RECENTE DECISÃO DO STJ EM AGRAVO DE RECURSO ESPECIAL E A SUA (IN)APTIDÃO DE REFORMAR SENTENÇA CONDENATÓRIA

A recente decisão do Agravo em Recurso Especial (AREsp) 1.940.381 pela 5ª Turma do STJ despertou intensa discussão sobre a sua (in)aptidão para reformar sentença condenatória. O caso em análise, aborda questões importantes relacionada ao papel do STJ no sistema de jurisdicional brasileiro e à sua capacidade de reverter decisões judiciais em instâncias ordinárias.

A jurisprudência é, ainda, remansosa em reconhecer a nulidade de sentença condenatória em decorrência da perda de uma chance probatória. Todavia, no AREsp 1.940.381, o Superior Tribunal de Justiça deu passos importantes no sentido de reconhecer a aplicação da teoria no campo do processo penal. Vejamos:

quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas

remanescentes (AREsp n. 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.)

Na fundamentação o Relator adotou expressamente a teoria da perda de uma chance, apresentando sólido embasamento no seguinte sentido:

Inconformados com a baixa qualidade de investigações policiais, os juristas argumentam que quando o Ministério Público se satisfaz em produzir o mínimo de prova possível – por exemplo, arrolando como testemunhas somente os policiais que prenderam o réu em flagrante –, é na prática tirada da defesa a possibilidade de questionar a denúncia. Por isso, a acusação não pode deixar de realmente investigar o caso, transferindo à defesa o ônus de fazê-lo. Ao contrário, a polícia e o Ministério Público devem buscar o que os autores chamam de comprovação externa do delito: a prova que, sem guardar relação de dependência com a narrativa montada pela instituição estatal, seja capaz de corroborá-la

(...)

O reconhecimento de necessidade de produção da prova nem pode ser condicionado à probabilidade de que leve à absolvição do réu (ou confirme a narrativa acusatória) caso produzida, bastando para tanto a mera possibilidade em tese de que o faça. Isso porque a condenação criminal demanda juízo de certeza, de modo que a falta de produção de uma prova capaz de criar dúvida sobre a imputação já é motivo bastante para tê-la por imprescindível.

(...)(AREsp n. 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.)

Observe-se que, além de internalizar a teoria, o voto lançou mão de contornos próprios da perda de uma chance no âmbito processual penal. Não se pode condicionar a aferição da prova a partir de um juízo de probabilidade, bastando a mera possibilidade de se produzir a prova, independentemente de sua sorte no processo epistêmico de busca da verdade.

De outro lado, importa salientar que, a Teoria da Perda de uma Chance Probatória, embora seja uma forma de garantir os direitos fundamentais, quando estes forem suprimidos pelo rigor dogmático do art. 396-A do CPP, é imprescindível verificar o enquadramento jurídico acerca do *indeferimento da produção de provas*, quando estas forem consideradas frágeis e com pouca credibilidade e as *hipóteses sistema de nulidade* da sentença.

Por todo o exposto, observa-se que a Teoria está em conformidade com a Constituição Federal e que se preocupa com os direitos e garantias fundamentais,

havendo, contudo, algumas ressalvas quanto a sua aplicação que foram construídas no julgado acima (por exemplo, o hearsay testimony). Diante do estudo sobre o *Direito Probatório* e o *Sistema de Nulidades* a serem aprofundados nos itens a seguir, é possível constatar de antemão, as peculiaridades de cada caso concreto que são determinantes para a aplicação ou não da Teoria da Perda de uma Chance Probatória.

3.2 O DIREITO PROBATÓRIO

O direito probatório desempenha papel crucial na busca da verdade dos fatos e na tomada de decisões justas. A análise probatória enseja importante reflexo no exame minucioso de provas apresentando pelas partes envolvidas no processo, a fim de conferir sua admissibilidade, relevância e força probante. A esse respeito, Nestor Távora ensina que

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a “verdade” do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração que contribuiu para a formatação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgarr, decidido a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (TÁVORA, 2018, p.609)

No contexto do AREsp 1.940.381, a 5ª Turma do STJ examinou-se as provas apresentadas pelas partes considerando os meios de provas disponíveis, como testemunhas, documentos e perícias. Com isso, verifico-se problemas no reconhecimento feito pelas vítimas, por sua natureza fotográfica, e porque os ofendidos não reconheceram com certeza o réu, tendo uma delas afirmado que o acusado estava encapuzado, o que, sem dúvida, compromete a idoneidade e confiabilidade do ato, com inobservância do procedimento previsto no art. 226, CPP.

É importante ainda destacar, que o Parquet deixou de produzir provas fundamentais à elucidação da controvérsia. Anote-se, ainda, que foi encontrado sangue no local dos fatos, mas não houve perícia para comprovar se era do acusado. Isso imorta

reconhcer que as provas apresentadas pelo réu revelam-se inadequadas e insuficientes para a tomada de decisão em juízo.

3.3 O SISTEMA DE NULIDADES

De início adotamos a **teoria unitária da nulidade** enquanto vício, dividindo-os conforme o grau de sua gravidade, na parte antecedente da norma jurídica. Conceitualmente, eis que a norma jurídica deve se compor de uma estrutura dúplice, que relaciona o antecedente ao consequente (TÁVORA, 2020, p.1712).

Em outra direção, cumpre apontar Alberto Binder (2003, p.40) que, diferentemente, entende ser irrelevante utilizar categorias, são “artifícios arriscados, porque o pensamento jurídico incorre com demasia facilidade na falácia idealista, que confunde as próprias classificações com fatos da realidade ou com o próprio fenômeno normativo”.

Embora a jurisprudência já tem reconhecido a “Teoria da Perda de uma Chance”, é necessário refletir sobre o enquadramento jurídico acerca do indeferimento da produção de provas, a teor do que dispõe o sistema de nulidades, previsto no art. 564, CPP, o qual elenca um *rol de hipóteses em que ocorrerá a nulidade da sentença*. E, assim, ponderar, inclusive, o *livre convencimento do Juiz*, buscando-se verificar em quais condições é adequado recorrer ao instituto da “Teoria da Perda de uma Chance” aplicado no processo penal. Destaca-se na lição de Nestor Távora (2020, p.1716):

Os sistemas de nulidades existentes comportam classificação em duas linhas principais, conforme expõem Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes:

(1) sistemas rígidos, especificando rigorosamente as nulidades; e
(2) sistemas genéricos, amplos, dando fórmulas abertas e deixando ao intérprete a adequação aos casos concretos.

[...]

(3) **sistema judicial** (ou **instrumental**): é o que autoriza que o juiz valere a essencialidade do requisito não observado do ato processual, apesar de, em alguns casos, imponha a necessidade de provocação das partes. (TÁVORA, 2020, p.1716).

Esta pesquisa passará a refletir no próximo e último capítulo sobre o rendimento da instrução processual criminal. Sopesando, de um lado, as consequências do

indeferimento da produção de provas que revelam-se, cada vez mais, uma prestação jurisdicional deficitária. E, de outro lado, o juiz não conseguirá alcançar o *standard* razoável para proferir a condenação. Nessa perspectiva a morosidade processual, revela-se como a crise do sistema de nulidades, ocasionando atos processuais defeituosos, de modo que não tem sido possível vislumbrar a Forma como Garantia.

4 O RENDIMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À INSTRUÇÃO PROCESSUAL CRIMINAL

A instrução processual criminal demonstra, ainda, consequências probatórias do indeferimento da produção de provas, tais como a condenação frágil, o sistema criminal inefetivo, a produção de desigualdades e decisões sem legitimidade. À vista disso, o réu perde a chance, escalonada de acordo com a qualidade da prova, de provar inocente.

Questão tormentosa para qualquer ator judiciário comprometido com a Constituição é o instituto das invalidades no processo penal, ou melhor, a prática de atos processuais defeituosos, cuja casuística dificulta sobremaneira o estabelecimento de uma estrutura teórica dotada de suficiência para dar conta de tamanha complexidade. Mais grave revela-se a situação quando cotejada com as absurdas relativizações diariamente feitas por tribunais e juízes, muitas vezes meros repetidores do senso comum teórico, calcados na equivocada premissa da teoria geral do processo. (LOPES JR., 2020, p.1463)

Diante dessa controvérsia, o juiz não alcançará o *standard* razoável para proferir a condenação e, por consequência, a prestação jurisdicional não será efetiva. Nesse cenário o judiciário terá falhado. Isso causará, ainda mais mais lentidão processual, tendo em vista que o tribunal, ao levar a sério o processo, o anulará. Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. pondera que

O Código de Processo Penal brasileiro em nada auxilia essa difícil missão, não só pelo baixo nível de conformidade constitucional desse diploma de 1941, mas principalmente pela falta de sistemática legal. Não podemos deixar de (novamente) criticar o sistema de reformas pontuais no processo penal, pois a inconsistência sistêmica novamente se manifesta quando analisamos a teoria das invalidades processuais. Houve uma profunda reforma nos procedimentos, mas, por exemplo, manteve-se a redação originária do art. 564 e s. do CPP. (LOPES JR., 2020, p.1464)

Não obstante, importância maior, contudo, ainda é dada a consequência da nulidade, isto é, ao desfazimento dos atos praticados desde a configuração da nulidade. Nessa esteira, o que acontecerá com o processo quando a nulidade for declarada, será o início de um novo processo criminal, ainda mais, distante do fim, em razão da morosidade processual, cujo peso recai sob àqueles que estão respondendo a um processo criminal e que dependem da justiça processual para se provar inocentes.

É nesse momento, que a Teoria da Perda de uma Chance revela-se, um instituto processual capaz de mudar essa realidade caótica, vez que um de seus pilares consiste em garantir ao réu uma instrução processual criminal capaz de fazer valer os direitos e garantias fundamentais, outrora esquecidos, a saber, o direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, positivados pela Constituição Federal de 1988. Muito embora, a teoria da perda de uma chance, ainda não tenha sido pacificada pelos tribunais brasileiros, já é possível averiguar uma crescente adesão ao instituto da teoria da perda de uma chance probatória nas decisões em matéria de processo penal.

CONCLUSÃO

A partir de um enfoque interdisciplinar, com aportes do direito processual penal e do direito constitucional, este trabalho conclui que a jurisprudência é, ainda, muito remansa em reconhecer a nulidade da sentença condenatória em decorrência da perda de uma chance probatória.

Todavia, a alegação de perda de uma chance probatória pode ser utilizado pela Defesa como uma estratégia com o objetivo de impelir o julgador a converter o julgamento em diligência, possibilitando a produção da prova anteriormente solicitada.

Em decisão recente no AREsp 1.940.381, a 5ª Turma do STJ reformou sentença condenatória, valendo-se como fundamento a teoria da perda de uma chance probatória.

Por todo exposto, a partir do enfoque teórico aqui apresentado , conclui-se pela flexibilização da lei do Código de Processo Penal, tendo em vista ser, ainda, utilizado um Código da Década de 40, o que torna ainda mais distânte o diálogo entre o CPP/1941 e a CF/1988. O que se pretende é que os juízes tenham discricionaridade, buscando-se, assim, ponderar o livre convencimento do juiz.

A preocupação sempre será que as garantias e princípios constitucionais sejam respeitados para que a fundamentação das decisões judiciais busquem sempre a equidade, a justiça e os valores fundamentais a dignidade da pessoa humana.

Por fim, ressalta-se, sempre, o conhecimento dinâmico, de modo que as conclusões aqui alcançadas, assim como qualquer outra conclusão científica, não se revestem de caráter absoluto, podendo sempre ser questionáveis.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: RT, 2019;

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2018;

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm > Acesso em: mai.2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 728.360/SP**, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202200680520 > Acesso em: mai. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.220.911/RS**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 25/3/2011. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271220911%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271220911%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271220911%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271220911%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) > Acesso em: mai.2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 1.940.381/AL**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271940381%27\)+ou+\(%27AREsp%27+adj+%271940381%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271940381%27)+ou+(%27AREsp%27+adj+%271940381%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) > Acesso em: mai. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.104.665/RS**, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 9/6/2009, DJe de 4/8/2009. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221104665%22%29+ou+%28RESP+adj+%221104665%22%29.suce.> > Acesso em: mai. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 32.575/SP**, relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 1/9/1997, DJ de 22/9/1997, p. 46396. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199300052179 > Acesso em: mai. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821.004/MG**, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 24/9/2010. Disponível em: <
[https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27821004%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27821004%27\).suc.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27821004%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27821004%27).suc.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) > Acesso em: mai. 2023;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70002732634**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em: 12-09-2001. Disponível em:
<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70002732634&site=ementario> > Acesso em: mai. 2023;

CHABAS, François. **La perte d'une chance en droit français**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.05.1990.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. 2009. Belo Horizonte: Mandamentos. 288p.;

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ed. Salvador: Juspodivm. 2019. v.1. 912p.;

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14 ed. Salvador: Juspodivm. 2017. v.2. 816p.;

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b;

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a;

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8 ed. São Paulo: Atlas 2015;

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. v.840/2005, p.11-36, out. 2005 e Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. v.5. p.471-505, out/2011. DRT\2005\723. Disponível em: <
[https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000188264f07d95603d47b&docguid=l353e6ac0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l353e6ac0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&contex](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000188264f07d95603d47b&docguid=l353e6ac0f25111dfab6f01000000000&hitguid=l353e6ac0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&contex)

t=38&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1 > Acesso em: mai. 2023;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova “inequívoca”. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n.8, 2010. P.233-251. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/36/34> > Acesso em: mai. 2023;

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

HAACK, Susan. **As evidências importam: ciência, prova e a verdade da lei**. Inglaterra: Cambridge University Press, 2014;

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17ed. São Paulo: Saraivajur. 2020. 1232p.;

LOPES JR. Aury. Testemunho “hearsay” não é prova ilícita, mas deve ser evitada. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2> > Acesso em: mai. 2023;

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraivajur. 2017;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p.461;

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: A Teoria de Hart re as críticas apontadas por Dworkin. Vitória: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 1, p. 49-70, jan./abr. 2019 Disponível em:<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349/pdf> > Acesso em: mai.2023;

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. 362p.;

PRESTES, Jose Italo Santos. Valoração das provas: O standard probatório no direito processual penal brasileiro contemporâneo, **Conteúdo Jurídico**. Brasília/DF, 11 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58139/valorao-das-provas-o-standard-probatario-no-direito-processual-penal-brasileiro-contemporaneo> > Acesso em: mai., 2023;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2015;

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009; Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4888-7> Acesso em: mai. 2023;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13 ed. Salvador: Juspodivm. 2018. 1808 p.;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm. 2020. 1968 p.;