

TEMA:

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA

Superior Tribunal de Justiça

Quinta Turma:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHOS PRESENCIAIS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. HEARSAY TESTIMONY. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS JUDICIAIS VÁLIDAS. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. **TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA.** PRODUÇÃO DAS PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO.

1. Na hipótese, verifica-se que **não foram ouvidas testemunhas presenciais, na medida em que o próprio Ministério Público as dispensaram**, dos fatos em juízo e as testemunhas inquiridas judicialmente, policiais que atenderam a ocorrência, por sua vez, narraram apenas fatos que ouviram dizer acerca do crime narrados pela vítima e pela mãe da vítima que estava no local do delito, não havendo outras provas válidas a corroborar tais testemunhos.

[...]

4. Ora, se os policiais não presenciaram os fatos, não podem ser considerados testemunhas oculares, aferindo-se, dessarte, que os seus depoimentos somente poderiam ser prestados de forma indireta. Assim, "o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de "ouvir dizer" ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime [mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP)] e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP" (AREsp 1.940.381/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021).

5. Ainda que o Ministério Público tivesse envidado esforços para localizar possíveis testemunhas do ocorrido, registra-se que é ônus da acusação, e não do acusado, a produção das provas que expliquem a dinâmica dos fatos. Mutatis Mutandis, "se o Parquet não conseguir produzi-las, por mais diligente que tenha sido e mesmo que a insuficiência probatória decorra de fatos fora de seu controle, o acusado deverá ser absolvido." (AREsp 1.940.381/AL, de minha

relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021).

6. Agravo regimental desprovido.

Trecho do voto condutor: Pondera, ainda, **sem razão, o agravante, que não há perda da chance para a produção de provas pela acusação**, já que a vítima e a sua genitora só não foram ouvidas sob o crivo do contraditório porque não foram mais localizadas, não havendo que se falar em dispensa injustificada. Ocorre que, ainda que o Ministério Público tivesse envidado esforços para localizar possíveis testemunhas do ocorrido, registra-se que é ônus da acusação, e não do acusado, a produção das provas que expliquem a dinâmica dos fatos. Mutatis Mutandis, "se o Parquet não conseguir produzi-las, por mais diligente que tenha sido e mesmo que a insuficiência probatória decorra de fatos fora de seu controle, o acusado deverá ser absolvido." (AREsp 1940381/AL, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021).

(AgRg no HC 725.552/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19/04/2022, DJe 26/04/2022) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6395**).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA SUA REJEIÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) QUE NÃO SERVE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO, PELA POLÍCIA, DAS TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO, IMPOSSIBILITANDO SUA OUVIDA EM JUÍZO. FALTA TAMBÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, III E VII, E 158 DO CPP. DESISTÊNCIA, PELO PARQUET, DA OUVIDA DE DUAS TESTEMUNHAS IDENTIFICADAS E DA VÍTIMA. GRAVES OMISSÕES DA POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE RESULTARAM NA FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVAS RELEVANTES. **TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA.** DESCONSIDERAÇÃO DO DEPOIMENTO DO REPRESENTADO. EVIDENTE INJUSTIÇA EPISTÊMICA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RECORRENTE.

[...]

3. O testemunho indireto (*hearsay testimony*) não se reveste da segurança necessária para demonstrar a ocorrência de nenhum elemento do crime, mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP).

4. A imprestabilidade do testemunho indireto no presente caso é reforçada pelo fato de que a polícia, em violação do art. 6º, III, do CPP, nem identificou as testemunhas oculares que lhes repassaram as informações posteriormente relatadas pela policial militar em juízo. Por outro lado, a vítima, a namorada do recorrente e seu amigo – todos conhecidos da polícia e do Parquet – não foram ouvidos em juízo, tendo o MP/AL desistido de sua inquirição.

5. Para além da falta de identificação e ouvida das testemunhas oculares, **a vítima não foi submetida a exame de corpo de delito, por inércia da autoridade policial e sem a apresentação de justificativa válida para tanto (na forma do art. 167 do CPP), o que ofende os arts. 6º, VII, e 158 do CPP. Perda da chance probatória configurada.**

6. “Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída” (ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambri. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462).

7. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese de legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica – cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência –, **pela simples desconsideração da narrativa do representado.**

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses:

8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de “ouvir dizer” ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP.

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

Trecho do voto condutor: O caso destes autos demonstra,

claramente, a perda da chance probatória. Os relatos da policial militar e do bombeiro, transcritos na sentença e no acórdão recorrido, deixam claro que havia diversas testemunhas oculares dos fatos investigados – os tais “populares” que teriam supostamente apartado a briga. Por qual razão essas pessoas não foram qualificadas pela polícia, para permitir sua posterior ouvida em juízo? Por que não foram questionadas no inquérito, quando da apreensão do menor em flagrante? Não há explicação nos autos para essa gravíssima omissão. Seja por despreparo dos agentes que atenderam a ocorrência, falta de estrutura material ou outra dificuldade institucional, **fato é que a omissão do Estado extirpou a chance da produção de provas fundamentais para a elucidação da controvérsia. Essa postura viola o art. 6º, III, do CPP, que impõe à autoridade policial a obrigação de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.”**

(AREsp 1940381/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/12/2021, DJe 16/12/2021) - (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6396**).

Sexta Turma:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS NA FASE DO ART. 422 DO CPP. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ESTRATÉGIA DE DEFESA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS QUE TRANSBORDAM O TIPO PENAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. Na hipótese, a instância ordinária, de forma fundamentada, afastou a tese de nulidade da fase do art. 422 do Código de Processo Penal, haja vista que, a partir do momento em que a Defensoria Pública tomou ciência da sua nomeação, o que ocorreu em duas oportunidades por diferentes defensores (31/10/2011 e 23/11/2011), poderia ter arrolado testemunhas, juntado documentos, requerido diligências ou alegado qualquer matéria pertinente à defesa, o que não o fez. A circunstância de não terem sido arroladas as mesmas testemunhas da primeira fase do procedimento do júri está dentro da estratégia da defesa

2. O fato de o Defensor Público ter falado por 23 minutos também não implica necessariamente deficiência da defesa, pois devem ser analisados os argumentos expostos aos jurados. No caso, o Defensor logrou êxito em convencer os jurados de que o réu havia praticado o crime sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima.

3. O Defensor nomeado pelo Juiz não está obrigado a sustentar todas as teses defensivas do anterior advogado constituído, ainda mais quando o réu se encontrava foragido, o que impediria qualquer

inovação quanto à dinâmica dos fatos.

4. O Código de Processo Penal adota nas nulidades processuais o princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte (art. 563), o que não ocorreu no caso.

5. Em relação à dosimetria da pena, a culpabilidade foi negativada porque o delito foi cometido em local público. A personalidade do agente foi considerada como distorcida e desregrada, haja vista que o intuito do crime era impor respeito à ordem criminosa da região, além de o *modus operandi* ter revelado a frieza da sua conduta. As circunstâncias do crime também foram devidamente fundamentadas, pois o delito foi cometido por meio de um ato violento e delongado, o que extrapola os elementos intrínsecos ao tipo penal.

6. Inviável, por fim, o exame da aplicação da tese da perda de uma chance probatória, suscitada apenas no agravo regimental, por configurar indevida inovação recursal.

7. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no HC 707068, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes, j. 19/04/2022, DJe 22/04/2022) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6397**).

Nosso comentário: Como ilustram os precedentes selecionados, mostra-se incipiente a adoção da teoria da perda de uma chance probatória no âmbito do STJ. A Quinta Turma do Tribunal, em precedente (AREsp 1940381/AL) relatado pelo Min. Ribeiro Dantas, fixou a tese de que “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”; posteriormente, esse entendimento foi reafirmado pelo Colegiado (AgRg no HC 725.552). No âmbito da Sexta Turma, foi identificado apenas um precedente (AgRg no HC 707068) com menção à tese, cuja aplicação foi rechaçada por configurar inovação recursal. A tese, que tem origem no Processo Civil, aponta a necessidade de serem reconhecidas consequências processuais nas hipóteses de omissão probatória estatal, isto é, quando o Estado deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes apenas os elementos que já estavam à sua disposição, menosprezando a produção de outras provas que poderiam infirmar a tese acusatória e, por consequência, comprovar a inocência do acusado. Mencione-se, por oportuno, que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 5282, de 2019, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que busca alterar o art. 156, do Código de Processo Penal, para

determinar que cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar a investigação a todos os fatos pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, independentemente de tais fatos interessarem à acusação ou à defesa. No âmbito do STF, não foram localizados precedentes enfrentando o (des)cabimento da teoria no Processo Penal.

Compilação e curadoria científica de:

**Anderson Bezerra Lopes e
Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires dos Santos**