

STJ aplica teoria da perda da chance para absolver adolescente

Se a acusação não produz todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, está caracterizada a perda da chance probatória e, conseqüentemente, a condenação se mostra inviável. Assim, com base na teoria da perda da chance, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça absolveu um adolescente acusado de ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado.

123RF



O menor havia sido condenado com base apenas em depoimentos indiretos
123RF

As instâncias ordinárias haviam imposto ao menor a medida socioeducativa mais grave prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) com base apenas em depoimentos indiretos, pois, além do próprio acusado, não foram ouvidas as testemunhas oculares, nem as pessoas diretamente envolvidas no fato, e não foi realizado o exame de corpo de delito na vítima.

"O caso destes autos demonstra claramente a perda da chance probatória", afirmou o relator do recurso da defesa, ministro Ribeiro Dantas, para quem a investigação falha "extirpou a chance da produção de provas fundamentais para a elucidação da controvérsia", postura que viola [o artigo 6º, III, do Código de Processo Penal \(CPP\)](#), o qual impõe à autoridade policial a obrigação de "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias".

Criada pelo Direito francês no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance, segundo o magistrado, foi transportada para o processo penal pelos juristas Alexandre Moraes da Rosa e Fernanda Mambrini Rudolfo. "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", explicou Ribeiro Dantas.



Paralelepípedo

De acordo com o processo, o menor, morador de rua, golpeou a vítima com um paralelepípedo porque ela teria agredido sua namorada, grávida, e um amigo, mas a tese de legítima defesa não foi aceita.

As instâncias ordinárias entenderam que houve excesso na legítima defesa, tendo em vista depoimentos do bombeiro e da policial militar que atenderam à ocorrência quando a briga já havia terminado. Os depoentes, por sua vez, basearam seus relatos em informações de pessoas que estavam no local (testemunhas oculares), mas que, por não terem sido identificadas, não foram formalmente ouvidas pela polícia, nem em juízo.

Seguindo o voto do relator, a 5ª Turma fixou o entendimento de que o testemunho indireto (também conhecido como testemunho por "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". A utilidade desse tipo de depoimento, segundo o ministro, é apenas indicar ao juízo testemunhas efetivas que possam vir a ser ouvidas na instrução criminal, na forma do artigo 209, parágrafo 1º, do CPP.

Ao apresentar diversos entendimentos sobre o *hearsay testimony* no Direito Comparado, Ribeiro Dantas ressaltou que o fato efetivamente ocorrido não corresponde, necessariamente, à percepção da testemunha — percepção esta que ainda pode se alterar com o passar do tempo. Esses limites da prova testemunhal, segundo o relator, crescem exponencialmente quando se adiciona um intermediário, no caso do depoimento por "ouvir dizer".

Para o magistrado, procedimentos comuns que podem ser realizados pelo juízo para verificar a credibilidade e a solidez da narrativa do depoente ficam inviabilizados quando se trata de testemunho indireto, o qual subtrai das partes a prerrogativa — garantida pelo artigo 212 do CPP — de inquirir a testemunha e apontar eventuais inconsistências de seu relato.

De acordo com o ministro, não há explicação no processo para o fato de as várias pessoas que presenciaram a briga não terem sido identificadas pela polícia para posterior depoimento — segundo ele, uma "gravíssima omissão".

Quanto à namorada, ao amigo e à vítima, Ribeiro Dantas observou que o Ministério Público desistiu de ouvi-los por serem pessoas em situação de rua, sem endereço para intimação, "mas não demonstrou ter envidado nenhum esforço para localizá-los". Mesmo assim, "a única pessoa ouvida em juízo e que realmente presenciou os fatos — o representado — teve sua justificativa completamente descartada pelo Estado, sem a apresentação de motivação válida para tanto, até porque não se produziu prova direta a esse respeito".



Para o relator, o ônus de produzir as provas que expliquem a dinâmica dos fatos narrados na denúncia é da acusação, e não do réu. "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", concluiu Ribeiro Dantas. *Com informações da assessoria de imprensa do STJ.*

Autores: Redação ConJur