

A aplicação da teoria da perda de uma chance probatória no Júri?

Em recente e importante julgado (AgREsp 1.940.381/AL), a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na relatoria do ministro Ribeiro Dantas, enfrentou, por mais uma oportunidade, temas sensíveis ao Direito Probatório que surtem efeitos diretos à dinâmica do Tribunal do Júri. Duas questões foram debatidas ao longo da fundamentação da decisão e, ao final do voto, seguiram como teses propostas



Denis Sampaio
defensor público

— Tese nº 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 artigo 209, § 1º, do CPP";

— Tese nº 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".*

Neste artigo, vamos nos ater à segunda questão. Em outra oportunidade, analisaremos o importante tema sobre a *testemunha indireta* ou também conhecida como *testemunha de ouvi dizer*, brilhantemente exposta no voto em referência.

Na conceptualização da teoria da perda de uma chance probatória, uma expressão se mostra presente: a incerteza. Toda a atividade das partes, bem como a decisão penal, estará pautada pela precariedade da representação sobre fatos. Afasta-se a certeza ontológica para assumir o conhecimento relativo, próprio de qualquer forma de "estabelecimento do discurso sobre os fatos" [1]. Conseqüentemente, a crença na obtenção da "verdade", por meio do procedimento probatório, configura uma mescla de ingenuidade com arrogância, justamente porque há sempre um resto, motivo pelo qual sobram sérias razões para a presença da dúvida, como adverte Haack [2].

Na contextualização da questão enfrentada no voto, há uma referência a Zagrebelsky que merece ser ratificada pela força ilustrativa que o jus-filósofo nos brinda sobre as questões mais atinentes ao necessário apoio à democraticidade de atos e condutas. Passando por essa referência, a simplicidade não se mostra uma característica viável à democracia, até porque os lados em debate, muitas das vezes, possuem refrações necessárias para se alcançar um resultado. Identificamos, ratificamos e valorizamos essa complexidade no campo político, jurídico e social pelo simples fato de estruturar determinado ambiente democrático e, pretensamente, justo. Por isso, Zagrebelsky faz a importação dessa referência para discussões sobre a *justiça* e a *verdade*, a partir da sua expressão "democracia crítica", capaz de reforçar a realidade por meio de "*um regime inquieto, circunspecto, desconfiada de si mesma, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, a colocar-se em jogo, a começar desde o início*" [3].

Trazendo essa referência à dinâmica processual penal, a formação do conhecimento estará sempre acompanhada pela dúvida (ontológica ou inerte [4]), caracterizado pela condição de incompletude de informações [5], ao mesmo tempo em que legitima os cuidados inerentes da validade epistemológica do conhecimento processual. Por isso, não há muito espaço, diante de uma proposta de processo penal constitucional e democrático, com a pecha da "facilidade probatória". É dizer, a responsabilidade estatal para a construção do conhecimento sobre um fato e a comprovação de quem efetivamente teria a responsabilidade de responder por essa conduta e pelo resultado, não é — e não pode ser — uma atividade simples.

A crítica ao critério da prova suficiente (global) como fator de convencimento [6] decorre da ausência de uma leitura mais coerente da garantia fundamental da presunção de inocência, na medida em que inobserva a regra do ônus da prova e, ainda, não estabelece um modelo rígido de refutação e comprovação dos enunciados fáticos. É dizer, a *prova suficiente* não corresponde à prova necessária e plena para o reconhecimento da culpa do agente. O critério da incerteza, a partir de uma epistemologia crítica e contemporânea, indica que ainda existe caminho a ser observado nesse percurso para a comprovação da responsabilidade criminal de uma pessoa submetida à ação penal.

Por isso, em um contexto de busca sobre todas as informações pertinentes, o artigo 6º, III, do CPP deve ser realçado quando impõe à autoridade policial a obrigação de "*colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*". A obrigatoriedade normativamente imposta também deve ser revelada ao Ministério Público nas hipóteses de ação penal pública, na medida em que o ônus da prova direciona o seu dever de comprovação de todos os fatos imputados com afastamento das dúvidas não ontológicas [7].

É a partir desse cenário que surge a teoria da perda de uma chance probatória reconhecida no julgado, e que merece ser lida e estudada não apenas pelo seu profundo conteúdo, mas também pela importância reservada à doutrina na influência da formação das decisões judiciais.

Nesse ponto, Alexandre Morais da Rosa e Fabiana Mambrini Rudolfo oferecem uma inovadora reflexão sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance probatória no processo penal em artigo publicado em 2017 [8]. Já inicia o destaque a partir da sua conceituação quando indica que *"em um processo democrático não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, eximindo-se das demais possíveis, que estavam ao seu pleno alcance, mormente diante das tecnologias ora disponíveis. Assim, para além da discussão quanto à 'busca da verdade real' e da 'inversão do ônus da prova', é inadmissível que o Estado deixe de produzir provas acusatórias e presuma a culpa do acusado; torna-se possível, assim, a aplicação de teoria oriunda do Direito Civil, ainda que necessária certa cautela quando de sua importação. Será necessária adaptação contextual"* [9].

Para essa importação, os autores fazem o necessário destaque da situação de inocência como ponto inicial de qualquer debate processual penal. Via de consequência, o tratamento reservado ao acusado deve ser o da sua inocência até uma decisão transitada em julgada afastar essa proteção constitucional. Por isso, todas as provas são necessárias para esse fim e nada deve ser dispensável. O esforço probatório se mostra imprescindível para que o Estado possa romper com a garantia constitucional da inocência e comprovar a culpa do acusado.

Como advertem os autores, *"nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance — com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) —, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída. E é justamente no conteúdo dos parênteses que reside o grande problema: como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória?"* [10]

O julgado menciona alguns exemplos práticos que enfrentamos diuturnamente em juízo e que ilustra a aplicação da teoria em debate: *"(1) Se há testemunhas oculares do delito, a condenação não pode prescindir de sua prévia ouvida em juízo e fundamentar-se em testemunhos indiretos, como no caso ora julgado; (2) existindo câmeras de vigilância no local de um crime violento, a juntada da filmagem aos autos é necessária para aferir as reais condições em que ocorreu o delito e avaliar sua autoria ou excludentes de ilicitude; (3) sendo possível a consulta aos dados de geolocalização de aparelho celular do réu, a fim de verificar se estava na cena do crime, a produção da prova é necessária; e (4) havendo coleta de sêmen do agressor em um caso de estupro, deve ser realizado exame de DNA para confirmar sua identidade"*.

Todas essas questões acabam resultando em *dois* contextos probatórios:

Primeiro, a minimização da produção probatória como resultado prático. Basta a prova suficiente para a formação da acusação e, ao final, a convicção do julgador. Não há o fomento para busca de todas as informações e provas necessárias para a comprovação da responsabilidade criminal do acusado (como se a leitura do artigo, 6º, III, do CPP fosse de menor importância);

Segundo, pela omissão (por dolo ou culpa) do agente investigador ou do acusador, muitas imputações são "confirmadas" por provas indiretas, como bem aludiu e concluiu o julgador em questão.

Ambos os contextos constituem graves violações das garantias da presunção de inocência, do contraditório (substancial) e da ampla defesa.

Mas como deve (ou poderia) ser aplicada a teoria da perda de uma chance probatória no Tribunal do Júri? Lembremos que os jurados julgam sem que haja uma motivação expressa, o que pode condicionar condenações injustas sem que haja, na prática, um quadro probatório robusto de comprovação contra o acusado [11]. Por isso, o controle acusatório e probatório precisa ocorrer de forma criteriosa na primeira fase, para que equívocos decisórios e injustiças não sejam creditados exclusivamente ao conselho de sentença.

Assim, focaliza-se nas decisões de admissibilidade da acusação (recebimento da denúncia e pronúncia) os momentos oportunos para o julgador analisar a (in)existência de todo o material probatório.

Muito embora o artigo 413 do CPP indique como requisito de admissibilidade da acusação os indícios suficientes de autoria ou de participação, a decisão de pronúncia possui a *função de garantia* [12], e, portanto, deve ser reconhecida como um filtro processual para evitar acusações infundadas ou desconstituída de provas necessárias para a constatação da responsabilidade criminal do acusado. Ainda que os jurados sejam competentes e soberanos para apreciar o mérito da causa, a submissão de um cidadão ao julgamento pelo conselho de sentença pressupõe a existência de lastro probatório necessário indicativo da demonstrabilidade da imputação acusatória.

O tema não é de simples conclusão! Defendemos que as provas devem ser produzidas, efetivamente, perante o juiz natural (conselho de sentença), mas a primeira fase deve possuir natureza de filtro responsável para a admissibilidade da acusação [13].

Sabemos que, na prática, na maioria das vezes, as provas produzidas em plenário são as mesmas que as da primeira fase [14]. Dificilmente são identificadas inovações probatórias pela acusação. O que indica que todo o arcabouço probatório acaba sendo aquele consistente na primeira fase [15]. Logo, todas as provas necessárias para a admissibilidade da acusação culminam constituindo os mesmos elementos de provas para o reconhecimento da culpa do acusado. Então, trazendo a discussão para o procedimento do júri, defendemos que a racionalidade decisória deva estar pautada pelo controle probatório. Por isso, há a necessidade de uma efetiva produção dos elementos probatórios perante o conselho de sentença, mas para que isso ocorra, há necessidade de revisitarmos seriamente os requisitos que estruturam a decisão de pronúncia [16].

Conseqüentemente, podemos extrair algumas conclusões:

1) A formação do conhecimento se caracteriza pela incerteza e toda a decisão penal se pauta pela dúvida. Logo, para a comprovação da culpa do acusado todo material probatório se mostra necessário;

2) No procedimento do júri, as decisões de admissibilidade da pretensão acusatória devem filtrar acusações destituídas de todo um quadro probatório necessário, não podendo servir apenas de trampolim para uma outra fase processual;

3) A fixação da competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e a soberania dos veredictos não desnatura o controle probatório e decisório. Considerando a estrutura do procedimento do júri, teríamos apenas os *momentos de análise* sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance probatória no ato de recebimento da denúncia e, especialmente, na decisão de pronúncia. Para tanto, devemos lembrar que a decisão do conselho de sentença somente poderá ser cassada quando *for manifestamente contra à prova dos autos*, e não ausentes todas as provas necessárias para a comprovação da culpa do acusado.

[1] Como expõe Popper "*embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos. Há sempre uma possibilidade de erro; ainda que, no caso de algumas provas lógicas e matemáticas, esta possibilidade possa ser considerada insignificante*" (POPPER, Karl R. *Facts, Standards, and Truth: A Further Criticism of Relativism. In The Open Society and its Enemies*, Vol. II. London: Routledge & Kegan Paul, 1966, p. 375).

[2] HAACK, Susan. *Truth, Truths, 'Truth', and 'Truths' in the Law. In Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, 2003, p. 19.

[3] ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

[4] Na expressão de ZUCKERMAN, Adrian e ROBERTS, Paul. *Criminal Evidence*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 260.

[5] TUZET, Giovanni. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 104.

[6] Deixamos aqui a referência para futura discussão sobre essa questão, já que merece uma abordagem exclusiva.

[7] Deixaremos para outra oportunidade maiores reflexões sobre esse tema.

[8] ROSA, Alexandre Moraes da e RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal*. In Revista Brasileira de Direito. Vol. 13, nº 3, dez. 2017, pp. 455/471.

[9] *Idem*, 457.

[10] *Ibidem*, p. 462. Muitas das vezes essas informações estão à disposição tão somente do órgão investigador e, conseqüentemente, se torna dever do órgão acusador essa fiscalização.

[11] Basta, na prática, a presença de dois policiais para a comprovação da culpa do agente. Em várias discussões sobre confronto entre policiais e supostos traficantes a única prova produzida na primeira e segunda fase é a oitiva dos policiais vítimas, quando seria possível obter, sem muito esforço, outros elementos de prova. Em plenário, o debate se resume à credibilidade da prova oral e os antecedentes do acusado, tema que também merece uma abordagem específica.

[12] Sugerimos a leitura do Capítulo 7.1.7 da obra Manual do Tribunal do Júri: (PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. Manual do Tribunal do Júri, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 250-256)

[13] Devemos, seriamente, refletir sobre o real *standard* probatório para a decisão de pronúncia.

[14] Na realidade, há uma ampla utilização da investigação preliminar em plenário com clara violação ao contraditório.

[15] Em muitos casos ocorrem reproduções das gravações realizadas na primeira fase, o que também viola, de certa forma, o contraditório e o princípio da imediatividade.

[16] Será que não está no momento de repensarmos o conceito de "*indícios suficientes de autoria*" ? Servem os mesmos, por exemplo, para uma automática admissibilidade das qualificadoras, com o fundamento na competência dos jurados para apreciarem a matéria, ainda que destituídas de provas probatórias para a sua ocorrência?

Date Created

29/01/2022