

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA
CRIMINAL E PROCESSO I**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RENATA BOTELHO DUTRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, criminologia, política criminal e processo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Renata Botelho Dutra

Thiago Allisson Cardoso de Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-204-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E PROCESSO I

Apresentação

O ano de 2020 trouxe consigo uma pandemia fazendo com que a humanidade repensasse conceitos, recriasse estratégias e reaprendesse a viver.

A implementação de novas tecnologias, que vão da inteligência artificial a simples utilização de aplicativos para celulares, se fizeram extremamente urgentes em tempo de isolamento social e, não diferente, no campo da ciência.

Se a pandemia trouxe incontáveis dificuldades a vencer, ela também foi oportunidade de crescimento e inovação em todos os campos. A internet aproximou pessoas de norte a sul, adentrou os lares ora levando conhecimento, ora levando informação, ora simplesmente possibilitando encontros e abraços virtuais.

Em junho de 2020 foi realizado o I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); e agora em dezembro do mesmo ano tivemos a oportunidade de compartilhar conhecimento e fazer ciência, mais uma vez, realizando o II Encontro Virtual do CONPEDI. Na noite de 04 de dezembro de 2020, autores dos mais diversos lugares do Brasil nos propiciaram proveitosas e frutíferas discussões acerca de temas atuais e de grande relevância, em pesquisas que foram apresentadas no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Criminologia, Política Criminal e Processo I”, sob a nossa coordenação.

A autora Fernanda Fernandes Carvalho Oliveira trouxe o tema “A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO PENAL FRENTE AO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO” discutindo fundamentos e as repercussões da inobservância de garantias fundamentais basilares para o devido processo penal, comprometido com as liberdades individuais;

Heron Vinícius Reis Oliveira, com o tema “A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA EXTRAJUDICIALIDADE”, inovou ao analisar novas estratégias para o gerenciamento de crises, bem como perceber o movimento do restaurativismo para a reconstrução das diversas relações interpessoais afetadas pelo delito.

Eduardo Ritt e Vanessa Gabriela Krammes, no trabalho “A ATUAÇÃO DO JUIZ DE

OFÍCIO NA FASE PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL”, abriram a pauta para perceber as nuances de um sistema de Justiça Criminal e seus limites à luz do Ordenamento Pátrio.

A pesquisadora Júlia Soares Corradi, no pôster intitulado “A EVOLUÇÃO DO REGRESSO: O DESENVOLVIMENTO DE ALGORITMOS QUE PERPETUAM A OPRESSÃO DA NECROPOLÍTICA ESTATAL”, traz a pauta às diversas omissões, a naturalização da violência e os descompromissos convencionais do Estado Brasileiro.

Lanna Gleyce Mota Luz, analisando a função das ciências que estudam e colaboram com a compreensão da criminalidade, apresentou o relevante trabalho intitulado “A FENOTIPAGEM FORENSE POR DNA DESENVOLVIDA PELO LABORATÓRIO DE PESQUISAS FORENSES E GENÔMICAS (LPFG) E AS LIMITAÇÕES NORMATIVAS BRASILEIRAS SOB A PERSPECTIVA DA TESE DO CRIMINOSO NATO”.

João Paulo Trova e Gabriel Perantoni Fernandes apresentaram necessária discussão no trabalho intitulado “A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS” nesse contexto de sociedade da informação e de espetacularização.

A pesquisadora Isabela Maria Dias Cruz, em viés comparativo, defendeu o trabalho intitulado “A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS NO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO AO PROCESSO CIVIL”, com peculiar discussão teórica.

Beatriz Vilela de Ávila e Vítor Gabriel Carvalho no trabalho intitulado “A SUBJETIVIDADE DA CONDOTA SOCIAL COMO CRITÉRIO PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE” fez análise criminológica-crítica apurada e colocou na pauta os critérios para a individualização da pena.

Thales Yuri Batista de Almeida discutiu “A VEDAÇÃO LEGAL DA LIBERDADE PROVISÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, considerando seus fundamentos, preceitos normativos e aplicações.

A pesquisadora Bianca Costa Rosa apresentou o sensível trabalho “A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19”, refletindo dados e questões diversas, contextualmente situados.

A pesquisadora Vitória Guedes Cabral apresentou o trabalho “ABORTO: A MUDANÇA DE UMA QUESTÃO PENAL PARA UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA”, refletindo tabus e apresentando proposições para uma nova política-criminal sobre a questão.

Lorena Fontinelle Azevedo Saraiva refletiu sobre o “ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL INTRAFAMILIAR”, trazendo ao grupo questões historicamente silenciadas e dados instigantes.

Por fim, as pesquisadoras Mylla Maria Sousa Sampaio e Juliana Ester Martins Gomes apresentaram o trabalho “ADO 26 E ANALOGIA EM DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA EM DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, trazendo à baila novas formas de enfrentamento às diversas violências e as diversas reflexões oriundas do ativismo judicial aqui percebido.

Os temas ora expostos refletem o compromisso dos autores e dos professores orientadores, de diversas instituições brasileiras aqui conectadas, com a ciência, buscando o aperfeiçoamento do direito material e processual penal frente a sua constante e necessária adequação aos valores de cada época!

Que a publicação desses trabalhos propicie uma rica leitura: é o que desejam os organizadores!

Profa. Me. Renata Botelho Dutra

Universidade Federal de Goiás

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO PROCESSO PENAL FRENTE AO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO BRASILEIRO

Franciele Silva Cardoso¹
Fernanda Fernandes Carvalho Oliveira
Ricardo Luiz Alves

Resumo

INTRODUÇÃO: O presente trabalho tem o objetivo analisar a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance probatória ao processo penal brasileiro. Para isso, partindo de uma abordagem crítica do Processo Penal, principalmente em relação ao procedimento probatório adotado pela legislação brasileira, considerando o contexto da realidade prática da instrução criminal. Leva-se em conta que é incumbida ao Estado (quem exerce majoritariamente o papel de acusação) a responsabilidade total sobre a produção da prova no processo penal, surgindo a necessidade de que haja nos autos elementos de prova robustos o suficiente para formar a convicção do julgador sobre a culpa do acusado. Por outro lado, o estado democrático de direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, trouxe como princípio maior a dignidade da pessoa humana, direcionando o ordenamento jurídico para a proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos.

PROBLEMA DE PESQUISA: Um ponto de inquietação surgiu da observação da realidade do Poder Judiciário Brasileiro. Temos um Judiciário sobrecarregado e com grande demanda criminal, em que a exigência de um alto nível de produtividade acaba por colocar, inúmeras vezes, a necessidade de eficiência nos processos em posição de conflito com o direito do réu à instrução penal adequada. Apesar de essa sobrecarga não ser exclusiva da área penal, podemos observar que a exigência de alto nível de produtividade tende a possibilitar que, na prática, a necessidade de eficiência nos processos entre em posição de conflito com o direito do réu à instrução penal adequada, o que tem sido alvo de muitos debates acadêmicos e estudos doutrinários que defendem a visão constitucional do Processo Penal. Essa eficiência exigida nos processos judiciais explica a formação de um paradoxo, que tem por um lado a sociedade veloz e virtual, que não consegue esperar pelo processo (“tempo da sociedade”), gerando paixão por prisões cautelares e aparência de punição imediata; e por outro lado, temos o “tempo do direito” incapaz de dar soluções na velocidade luz (LOPES JR., 2019, p. 37). A proteção constitucional do Processo Penal levanta muitas discussões e pesquisas acadêmicas, mas também provoca o surgimento de novas propostas e perspectivas, como a que tratamos neste trabalho. Fundando-se nessas premissas, somadas ao fato de que a Teoria da Perda de uma Chance tem emergido através da aplicação jurisprudencial, é que se deu a investigação. Adaptando a Teoria para a seara penal, podemos partir do seguinte ponto: ora, se o Estado, a quem cabe a produzir todas as provas, abre mão de uma(s) dessas que estavam a seu alcance, a não produção de tal prova não pode representar uma chance de inocência do

¹ Orientador(a) do trabalho/resumo científico

acusado? Cada prova não produzida, não representa falta de afastamento da inocência do acusado? Ou ainda, “como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória?” (ROSA; MAMBRINI, 2017, p. 462). Justamente da observação dessa prática, da realidade processual, que se estabeleceu a problemática a respeito da instrução probatória.

OBJETIVO: o escopo da Teoria da Perda de uma Chance, da forma como aplicada pelo Direito Civil, em geral, é viabilizar a indenização por danos decorrentes da perda de uma oportunidade. Mesmo com a ausência legislativa, a Teoria da Perda da Chance foi recebida pelo Direito brasileiro através do entendimento jurisprudencial no sentido de ser possível a indenização por danos decorrentes da perda de uma oportunidade. Contudo, em razão da sua origem civilista, tal aplicação deve ser adaptada para a realidade penal. Assim, diante das tecnologias disponíveis ao Estado, e considerando que inseridos em um processo democrático, não pode o Estado abrir mão de provas alcançáveis para presumir a culpa do agente acusado (ROSA; MAMBRINI, 2017, p. 457) Este é o ponto pretendido, justificado pela necessidade de se prezar pela efetividade da prova produzida pelo Estado contra o acusado, sendo a presunção de inocência norteadora do processo penal constitucionalizado e democrático.

REFERÊNCIAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS: Utilizou-se da pesquisa exploratória de caráter qualitativo e revisão da literatura e legislação e do método dedutivo, partindo de uma perspectiva constitucional do Direito Penal para analisar o instituto jurídico da teoria da perda de uma chance, oriunda da responsabilidade civil no Direito, além do conceito e a aplicação da teoria da perda de uma chance adaptada à realidade probatória penal.

RESULTADOS ALCANÇADOS: Podemos concluir a aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal propõe um novo mecanismo, instrumento, via ou argumento em defesa da efetivação de princípios basilares ao procedimento probatório brasileiro, para além dos já tradicionalmente invocados pela legislação e doutrina e dos aplicados na prática. Resumindo com base no seguinte raciocínio: se comprovação da culpa do réu cabe exclusivamente à acusação, e cada prova por ela produzida se interpreta para afastar a inocência do agente, então como se interpretam as provas alcançáveis que foram injustificadamente dispensadas com base no menor esforço para a acusação? E se cada prova produzida eleva o grau de culpa do réu, cada prova dispensada não sugere, ao contrário, a chance da inocência naturalmente presumida no processo? Entendendo que a resposta para essas questões é sim, é que se propõe a aplicação da teoria para afastar a condenação sem produção de todos os meios disponíveis de prova. Ora, se a certeza não foi construída de forma como deveria, como apontam as normas legais e lições doutrinárias, então deverá incidir o *in dubio pro reo* para que seja absolvido o acusado. Do que analisamos, concluímos que o contexto em que se estabelece o Processo Penal brasileiro põe a produção de provas sob

a ótica da presunção da inocência, de modo que a acusação deve produzir todas as provas disponíveis, obrigatoriamente. Assim, a teoria da perda da chance é aplicada no sentido de que as provas injustificadamente dispensadas pela acusação por conta de seu esforço maior, podem ser interpretadas como uma chance de presunção da inocência do réu, justificando sua absolvição.

Palavras-chave: Processo Penal, Instrução, Presunção da Inocência

Referências

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 Mai. 2020.

BRASIL. DECRETO LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941: Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI N. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940: Código Penal. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1940. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>. Acesso em: 20 Mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: 2019. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, DF. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 Nov. 2019.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/23451/dissertacao%20perda%20chance.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 Set. 2019

RAMOS, Jonas Machado. O poder punitivo no reino da urgência. Revista da Faculdade de Direito da Fundação Ministério Público, v. 10, p. 9-32, 2015. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/55>. Acesso em: 25 Maio 2020.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. Direito Penal e sua conformidade constitucional. V. 1. Edição digital. Lumen Juris: 2011.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES Jr., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica .5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRZA, Flavio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 5, n. 5, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7983>. Acesso em: Out. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095>. Acesso em: 17 set. 2019.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, 2017, p. 201-219. Disponível em: <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/pagina-253.html>. Acesso em: Nov. 2019.