SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 776101 - SP (2022/0319112-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	YURI RAMOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADOS	:	ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700 MARCELO JOSÉ CRUZ - SP147989 EMERSON DAVIS LEÔNIDAS GOMES - PE008385 THIAGO SENNA LEÔNIDAS GOMES - DF034269 YURI RAMOS CRUZ - SP316598 DAVI CARVALHO MEIRA - DF056383 MARCIO HARRINSON AUGUSTO - SP411885 ELIZABETH GOMES FERREIRA DE ANDRADE GUIMARAES - PE053982
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR DOS SANTOS PEREIRA
CORRÉU	:	BENEVAL SILVA DOS SANTOS
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DO DELITO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO POSITIVO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO NEGATIVO. LAUDO COMPLEMENTAR. CONTRADITÓRIO NÃO OBSERVADO. NULIDADE. PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.544.057/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (DJe 9/11/2016), a Terceira Seção desta Corte uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Foi ressalvada, no entanto, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar de constatação, dotada de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como droga, nos termos em que previsto na Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde" (HC n. 686.312/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª S., DJe 19/4/2023).

2. No caso, embora o laudo de constatação haja atestado positivo para a presença

Documento eletrônico VDA39247291 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:02
Código de Controle do Documento: 9562fcb0-88b7-4a8d-8c5a-fdcca612105d

de cocaína no material apreendido, o exame definitivo não constatou a presença de substâncias proscritas, mesmo depois de utilizada a técnica de Cromatografia Gasosa.
3. O processo penal tem compromisso com a verdade, mas não de forma absoluta, pois há outros valores protegidos pelo Estado durante a persecução penal. A busca da verdade sujeita-se, portanto, a limites epistemológicos e éticos, relacionados à necessidade de se observarem regras de maior confiabilidade e idoneidade da prova, bem como de se protegerem garantias e direitos do acusado.
4. A garantia fundamental do contraditório, que deve ser aplicada à produção de todas as provas, em relação à prova pericial se densifica na possibilidade de requerer a produção desta prova, ou mesmo apresentar quesitos para a sua realização – art. 159, § 2º, do CPP –, como também na possibilidade de a parte acompanhar o ato, manifestar-se sobre seu resultado, requerer nova perícia, complementação ou esclarecimento, ou, ainda, na necessária obtenção de manifestação motivada do juiz acerca da perícia.
5. É nulo o laudo complementar – elaborado pelo mesmo expert responsável pela confecção do laudo definitivo, por determinação informal do Delegado de Polícia em ligação telefônica ao Perito, sem a ciência e a participação das partes, e durante a tramitação da ação penal (findo, portanto, o inquérito), quando já **iniciada a instrução criminal** – porque produzido sem respeito às garantias constitucionais e processuais.
6. A oitiva posterior do perito que produziu o laudo complementar não é suficiente tanto para sanar a ausência de contraditório na produção da prova quanto para conferir credibilidade a uma prova que, *ab initio*, se mostrou desconforme ao modelo normativo.
7. "'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 Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462)" (AREsp n. 1.940.381/AL, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 16/12/2021).
8. "Apesar de os fatos serem gravíssimos e ser dever do Estado não incorrer em proteção insuficiente aos bens jurídicos merecedores de tutela penal, essa obrigação não pode ser cumprida da maneira mais cômoda, com a prolação de condenações baseadas em prova frágil, mormente quando possível a produção de elemento probatório que, potencialmente, possa resolver adequadamente o caso penal" (HC n. 706.365/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 30/5/2023).
9. Divergentes os laudos provisório e definitivo – com resultado para a presença de cocaína positivo e negativo, respectivamente –, considerado nulo o laudo complementar produzido e incinerada a droga, deve o réu ser absolvido por ausência da materialidade do delito.
10. Ordem concedida a fim de reconhecer a nulidade do laudo complementar e da decisão que dispensa a realização de nova perícia e, por conseguinte, absolver o acusado com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Documento eletrônico VDA39247291 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:02
Código de Controle do Documento: 9562fcb0-88b7-4a8d-8c5a-fdcca612105d

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Documento eletrônico VDA39247291 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:02
Código de Controle do Documento: 9562fcb0-88b7-4a8d-8c5a-fdcca612105d

HABEAS CORPUS Nº 776.101 - SP (2022/0319112-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	YURI RAMOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADOS	:	ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700 MARCELO JOSÉ CRUZ - SP147989 EMERSON DAVIS LEÔNIDAS GOMES - PE008385 THIAGO SENNA LEÔNIDAS GOMES - DF034269 YURI RAMOS CRUZ - SP316598 DAVI CARVALHO MEIRA - DF056383 MARCIO HARRINSON AUGUSTO - SP411885 ELIZABETH GOMES FERREIRA DE ANDRADE GUIMARAES - PE053982
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR DOS SANTOS PEREIRA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

VITOR DOS SANTOS PEREIRA alega sofrer coação ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0013454-04.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Nesta Corte, busca a defesa a absolvição do réu em razão da ausência da comprovação da materialidade do delito. Para tanto, destaca a divergência entre o laudo provisório e o laudo definitivo e a ausência de terceiro laudo comprobatório válido.

Afirma que "a melhor solução para o conflito existente seria a elaboração de um terceiro laudo, por um novo perito criminal, o que não ocorreu" (fl. 33) e, diante da destruição das drogas, não poderá mais ocorrer.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão da ordem** "a fim de reconhecer a nulidade do processo e, diante da impossibilidade de comprovação da materialidade, absolver os réus" (fl. 1.304).

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

Ciente das petições da defesa de fls. 1.310-1.311, 1.312-1.314. 1.316-1.318, 1.320-1.322 e 1.323-1.329.

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

HABEAS CORPUS Nº 776.101 - SP (2022/0319112-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DO DELITO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO POSITIVO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO NEGATIVO. LAUDO COMPLEMENTAR. CONTRADITÓRIO NÃO OBSERVADO. NULIDADE. PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.544.057/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (DJe 9/11/2016), a Terceira Seção desta Corte uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Foi ressalvada, no entanto, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar de constatação, dotada de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como droga, nos termos em que previsto na Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde" (HC n. 686.312/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, 3ª S., DJe 19/4/2023).

2. No caso, embora o laudo de constatação haja atestado positivo para a presença de cocaína no material apreendido, o exame definitivo não constatou a presença de substâncias proscritas, mesmo depois de utilizada a técnica de Cromatografia Gasosa.

3. O processo penal tem compromisso com a verdade, mas não de forma absoluta, pois há outros valores protegidos pelo Estado durante a persecução penal. A busca da verdade sujeita-se, portanto, a limites epistemológicos e éticos, relacionados à necessidade de se observarem regras de maior confiabilidade e idoneidade da prova, bem como de se protegerem garantias e direitos do acusado.

4. A garantia fundamental do contraditório, que deve ser aplicada à produção de todas as provas, em relação à prova pericial se densifica na possibilidade de requerer a produção desta prova, ou mesmo apresentar quesitos para a sua realização – art. 159, § 2º, do CPP –, como também na possibilidade de a parte acompanhar o ato, manifestar-se sobre seu resultado, requerer nova perícia, complementação ou esclarecimento, ou, ainda, na necessária obtenção de manifestação motivada do juiz acerca da perícia.

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

5. É nulo o laudo complementar – elaborado pelo mesmo expert responsável pela confecção do laudo definitivo, por determinação informal do Delegado de Polícia em ligação telefônica ao Perito, sem a ciência e a participação das partes, e durante a tramitação da ação penal (findo, portanto, o inquérito), quando já **iniciada a instrução criminal** – porque produzido sem respeito às garantias constitucionais e processuais.

6. A oitiva posterior do perito que produziu o laudo complementar não é suficiente tanto para sanar a ausência de contraditório na produção da prova quanto para conferir credibilidade a uma prova que, *ab initio*, se mostrou desconforme ao modelo normativo.

7. "'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 Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462)" (AREsp n. 1.940.381/AL, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 16/12/2021).

8. "Apesar de os fatos serem gravíssimos e ser dever do Estado não incorrer em proteção insuficiente aos bens jurídicos merecedores de tutela penal, essa obrigação não pode ser cumprida da maneira mais cômoda, com a prolação de condenações baseadas em prova frágil, mormente quando possível a produção de elemento probatório que, potencialmente, possa resolver adequadamente o caso penal" (HC n. 706.365/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 30/5/2023).

9. Divergentes os laudos provisório e definitivo – com resultado para a presença de cocaína positivo e negativo, respectivamente –, considerado nulo o laudo complementar produzido e incinerada a droga, deve o réu ser absolvido por ausência da materialidade do delito.

10. Ordem concedida a fim de reconhecer a nulidade do laudo complementar e da decisão que dispensa a realização de nova perícia e, por conseguinte, absolver o acusado com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Extrai-se dos autos que, em 21/2/2017, o paciente foi preso em flagrante e denunciado porque, juntamente com corréu, trazia consigo sessenta tijolos de cocaína, de aproximadamente um quilo cada um (laudo de constatação realizado em 22/2/2017 e juntado às fls. 128-136).

Recebida a denúncia e iniciada a instrução do processo, veio aos autos o **laudo definitivo,** realizado em 22/2/2017. No referido documento, o perito criminal atestou que **não foi detectada a presença de substância proscrita no material analisado** (fls. 389-391).

Diante da divergência de resultado com o laudo provisório, o próprio perito procedeu a **análises complementares** "com a utilização da técnica de Cromatografia Gasosa (GC-MS), **cujo resultado ratifica o do exame para laudo definitivo** realizado neste Núcleo" (fl. 390).

Diante desse cenário, **laudo de constatação positivo e laudo definitivo negativo** – mesmo depois de utilizada a técnica de Cromatografia Gasosa – o Magistrado, em audiência de instrução e julgamento realizada em 13/7/2017, determinou fosse "elaborado novo laudo como contraprova diante da divergência dos laudos" (fl. 469). Ressaltou o Juiz de primeiro grau que "a perícia não poderá ser feita por nenhum dos peritos que atuaram neste processo" (fl. 469). Em despacho posterior, atendendo a pleito da defesa, o Magistrado deferiu, ainda, que a nova perícia fosse acompanhada pelas partes em data agendada e que "se faça a abertura do lacre apenas no Instituto de Criminalística e na presença daqueles que ali estiverem para acompanhar a colheita da prova" (fl. 515), devendo a defesa agendar "diretamente com a Autoridade Policial data para rompimento do lacre para a nova perícia" (fl. 547).

Entretanto, em ofício datado de 12/7/2017 – confeccionado, portanto, antes mesmo da determinação judicial –, o Delegado responsável pelo inquérito encaminhou aos autos **laudo pericial complementar**, realizado em 22/6/2017 e assinado pelo mesmo perito que produziu o laudo definitivo. Desta vez, **o documento atesta a presença de cocaína no material apreendido** (fls. 480-483).

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

Com a juntada do documento, o Magistrado proferiu decisão nos seguintes termos (fl. 558, grifei):

> Conforme já constou em despacho anterior **a situação de divergência do laudo restou esclarecida antes mesmo de haver sido determinada pelo juízo**, assim, e diante da manifestação de fls. 447/448, cujos argumentos acolho, **fica dispensada a elaboração de nova perícia**, portanto redesigno audiência de instrução, para o dia 07/02/2018 as 14:15 horas, intimando-se e requisitando-se, conforme necessário, os réus, e as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

Às fls. 561-566, a defesa impugnou a juntada do referido laudo complementar, e o Juiz determinou a oitiva dos peritos do laudo complementar e do definitivo (fl. 573), o que aconteceu em audiência de instrução realizada em 7/2/2018 (fl. 610).

Em 1º/11/2019, o acusado foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. O Magistrado afastou a tese da defesa pelos seguintes argumentos (fl. 1.121):

> Por fim, quanto à divergência entre os laudos, nota-se que o laudo pericial de n. 276.591/2017 (fls. 371/381) esclareceu de forma minuciosa a divergência entre o resultado dos laudos anteriores, consignando, de forma definitiva, que o resultado de cada um dos laudos definitivos (97.827/2017, 98.258/2017 e 98.271/2017 é positivo para cocaína. Ademais, o perito foi ouvido em juízo, em contraditório, esclarecendo as divergências apontadas.

Em apelação, o Tribunal de origem chancelou a sentença condenatória e, quanto à divergência dos laudos, explicou (fls. 105-107, grifei):

> A droga apreendida (fls. 17/18) foi periciada. Havia três pacotes com cocaína, no total de 58,66kg.
> Os laudos de constatação preliminar detectaram a substância ilícita (fls. 20/28).
> Negativos, contudo, os laudos definitivos. Diante disso, ao final destes constou a seguinte ressalva do perito: "Dada a divergência de resultados entre o laudo de constatação (positivo para cocaína) e o laudo definitivo (negativo para

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

cocaína) e, com o intuito de dirimir dúvidas, entendeu o perito relator deste laudo solicitar análises complementares do referido material, com a utilização da técnica de Cromatografia Gasosa (GC- MS), **cujo resultado ratifica o do exame para laudo definitivo realizado neste Núcleo"(fls. 275/283).**

Feito o exame mencionado, confirmou-se a presença de cocaína. O especialista salientou que "entende este Perito Criminal Relator que apesar da divergência entre os Laudos de Constatação e Definitivo ser rara, esta, porém, pode ocorrer, como, por exemplo, durante o processo de amostragem. Uma vez que o material apresentava duas cores distintas (bege e branca) houve então a possibilidade de o material ser constituído 'visivelmente' por mais de um tipo de substância química, como no presente caso, no qual foram identificadas as substâncias químicas Cocaína e Lidocaína, por meio das análises cromatográficas" (fl. 375). A primeira substância é proscrita, a segunda não. Por conseguinte, concluiu o perito que as três amostras dos laudos provisórios continham cocaína, e as três amostras dos laudos definitivos continham lidocaína.

Por fim, ele retificou "o resultado de cada um dos três laudos definitivos". "Onde neles se lê 'resultado negativo', leia-se 'resultado positivo para cocaína'"(fl. 375).

E tal compreensão, a rigor, não é refutada pelo parecer técnico juntado pela defesa no sentido de que impossível confirmação absoluta. O próprio documento ressalta que o resultado negativo dos laudos definitivos não era soberano, destacando que:

> "É importante enfatizar também que, em decorrência dos resultados apresentados nos Exames Definitivos, divergentemente dos Exames Preliminares, o Perito Criminal responsável pelas análises recomendou a utilização da técnica da Cromatografia Gasosa (CG-MS)" (fl. 759).

Ora, a técnica de cromatografia gasosa foi utilizada na sequência, como se viu, com resultado positivo para cocaína.

No que toca aos lacres, em audiência, os peritos responsáveis atestaram sua regularidade. Há fé pública em suas declarações, em nenhum momento refutadas concretamente pelas defesas.

Desse modo, irrelevante que os advogados não tenham acompanhado o rompimento dos lacres, conforme facultado à fl. 398. Frise-se que se tratava de ônus das defesas o agendamento do ato, segundo o despacho. À fl. 407, mais uma orientação "para que se faça a abertura do lacre apenas no Instituto de Criminalística e na presença daqueles que ali estiverem para acompanhar a colheita da prova". Não se impôs aos peritos, pois, que aguardassem o comparecimento dos

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

> causídicos, somente que a abertura se desse sob o testemunho de quem estivesse presente. Como não comunicada qualquer obstrução provocada pela autoridade policial, presume-se que plenamente seguidas as determinações.
> Sem maior significado que o terceiro laudo, em que adotada a técnica de cromatografia gasosa, tenha sido assinado pelos mesmos peritos dos segundos, contrariando decisão em sentido contrário.
> Não houve prejuízo. Afinal, a reavaliação ocorreu por parte daqueles que inicialmente haviam chegado ao resultado negativo. Os especialistas foram ouvidos em juízo, com participação das defesas, que poderiam refutar o quanto quisessem e buscar quaisquer esclarecimentos que entendessem pertinentes.
> E, se dos laudos não figuravam informações reputadas necessárias pelos réus, sobretudo a descrição da metodologia empregada, oportunizada em audiência indagações a respeito do tema.
> Em suma, comprovada a autoria e não infirmada a materialidade pelos argumentos defensivos, a inculpação dos apelantes era mesmo de rigor, suficientes as provas para tanto.

Resumindo, os autos apresentam fatos ocorridos na seguinte **ordem cronológica**: 1. laudo de constatação positivo para a presença de cocaína e início da ação penal; 2. laudo definitivo negativo para substâncias proscritas, inclusive depois de utilizada a técnica de Cromatografia Gasosa; 3. realização de laudo complementar pelo mesmo perito por determinação espontânea do Delegado de Polícia em ligação telefônica ao expert, com resultado positivo para a presença de cocaína; 4. audiência de instrução e julgamento realizada, ocasião em que o Juiz de primeiro grau, ao ter ciência da divergência de resultados entre o laudo de constatação e o laudo definitivo determina a confecção de laudo complementar; 5. juntada do laudo complementar confeccionado a pedido do Delegado de Polícia; 6. revisão pelo Magistrado da determinação anterior, diante do resultado positivo do laudo complementar apresentado e prosseguimento da ação penal.

II. Tráfico de drogas – dúvida quanto à materialidade

O cerne da controvérsia cinge-se, basicamente, a saber se, diante da divergência entre os laudos de constatação e o laudo definitivo e, após a confecção de laudo complementar, é possível manter a condenação do réu pela prática do delito de tráfico de drogas.

Em princípio, é necessário mencionar que a "[...] a natureza da substância entorpecente apreendida – passível de ser, de imediato, identificada

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

pelo laudo de constatação – não consubstancia certeza acerca do princípio ativo do material, sendo, em regra, insuficiente para atestar a potencialidade entorpecente da substância, bem como sua capacidade de causar dependência, nos termos do que reclamado pelo tipo penal" **(HC n. 174.428/SC**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellize**, 5ª T., DJe 19/11/2013), de modo que a jurisprudência desta Corte Superior entende ser imprescindível o laudo toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Nesse sentido: (**HC n. 350.996/RJ**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 3ª S., DJe 29/8/2016).

Inclusive,

> Por ocasião do julgamento dos **EREsp n. 1.544.057/RJ**, de relatoria do Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** (DJe 9/11/2016), a Terceira Seção desta Corte uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Foi ressalvada, no entanto, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar de constatação, dotada de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como droga, nos termos em que previsto na Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (**HC n. 686.312/MS**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 3ª S., DJe 19/4/2023).

Esse também é o entendimento da doutrina acerca da questão posta em debate, senão vejamos:

> 8. Laudo definitivo
> Em matéria de drogas, dois são os laudos necessários: o de constatação e o definitivo. O primeiro cumpre o papel de comprovar a materialidade do delito no momento do auto de prisão em flagrante (ou no momento da abertura do inquérito policial, quando este se inicia de outra maneira). O segundo laudo (o definitivo) é o que comprova, de modo insofismável, a natureza e quantidade da droga. [...] Esse laudo deve ser juntado aos autos do processo antes da audiência de instrução, debates e julgamento. Sem a comprovação definitiva da natureza da droga, não pode o juiz proferir sentença

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

> condenatória.
> [...]
> (Legislação Criminal Especial. *Coleção ciências criminais.* Coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 296).

Ressalto que **somente em casos excepcionalíssimos** seria possível a condenação por crime de tráfico de drogas com base apenas no laudo de constatação. Exemplificativamente, menciono o **REsp n. 1.372.100/SC** (DJe 8/5/2015), de **minha relatoria**, em que se entendeu devidamente comprovada a materialidade delitiva porque houve a juntada do laudo definitivo dois dias após a sentença; ainda, o **HC n. 339.736/SP** (DJe 10/2/2016), de relatoria do Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, em que a própria defesa dispensou a juntada aos autos do laudo definitivo, de modo que a materialidade do tráfico de drogas ficou devidamente comprovada por diversos outros meios robustos de prova.

Não é o caso dos autos.

Conforme exposto, embora o laudo provisório haja constatado a presença de cocaína, o laudo definitivo, mesmo após a realização de análises complementares "com a utilização da técnica de Cromatografia Gasosa", **não detectou a presença de substância proscrita** no material apreendido (fls. 390-391).

Assim, apesar do resultado positivo do laudo de constatação, conforme elucida o professor Geraldo Prado, em parecer jurídico produzido a pedido da defesa, "O cenário [...] era de incerteza. Incerteza quanto à natureza da substância examinada e, pois, incerteza no tocante à existência da própria infração penal" (fl. 82).

III. Verdade real e contraditório

A Constituição Federal de 1988 adotou características mais próximas do sistema acusatório, sobrelevando a separação de funções entre acusar, julgar e defender. Além disso, enaltece-se, como marco do processo penal moderno, a garantia fundamental do contraditório (art. 5°, LV, da CF) e o tratamento do réu como sujeito de direitos.

É preciso ter em mente, nesse sentido, que o processo penal tem compromisso com a verdade, mas não de forma absoluta, pois há outros valores

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

protegidos pelo Estado durante a persecução penal. A busca da verdade sujeita-se, portanto, a limites epistemológicos e éticos, relacionados à necessidade de se observarem regras de maior confiabilidade e idoneidade da prova, bem como de se protegerem garantias e direitos do acusado. Como aduz Alexandre Morais da Rosa, não se desiste da "verdade dos fatos" e sim da "busca a qualquer preço" da verdade (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico*: de acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. 1ª ed. Florianópolis – SC: Emais, 2021, p. 247).

Ora, "a verdade deve ter um papel relevante no processo, sem que isso signifique um 'vale tudo'" (FREIRE Jr., Américo Bedê. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: nem protagonista, nem espectador. *In*: *Homenagem ao Ministro Rogerio Schietti* – 10 anos de STJ. BORGES, Ademar; SICILIANO, Benedito; VERANO, Cristiano (Org.), Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, p. 118).

Desse modo, conforme leciona Aury Lopes Júnior, só é legítima no processo penal a busca pela verdade processual, que nada mais é do que uma condenação que "só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas" (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2019, p. 373).

E é por isso que comungo do entendimento de que "O direito à prova das partes não será um entrave à busca da verdade, mas sim uma premissa para que a verdade seja obtida de modo **epistemicamente mais eficaz**" (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo – SP: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 67, grifei).

No caso concreto, diante da divergência nos resultados e, principalmente, da conclusão do laudo definitivo pela ausência de substância proscrita no material apreendido, entendeu o Juiz de primeiro grau por determinar a confecção de novo laudo, que deveria ser produzido por um perito que não houvesse atuado ainda nos autos, com a presença das partes, em especial durante a abertura do lacre. Ou seja, diante do cenário de incerteza quanto à materialidade do delito, o Magistrado, na busca da verdade obtida nos limites do contraditório, determinou a produção de nova prova.

Entretanto, por determinação informal do Delegado de Polícia em ligação telefônica ao Perito, sem a ciência e a participação das partes, o laudo complementar já havia sido elaborado pelo mesmo expert responsável pela confecção do laudo definitivo (fl. 482).

A garantia fundamental do contraditório, que deve ser aplicada à

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

produção de todas as provas, em relação à prova pericial seria assegurada na possibilidade de requerer sua produção ou mesmo apresentar quesitos para a sua realização – art. 159, § 2º, do CPP –, na possibilidade de acompanhar o ato, manifestar-se sobre a prova, requerer nova perícia, complementação ou esclarecimento, ou, ainda, na necessária obtenção de manifestação do juiz acerca da perícia. "Com esses direitos, em relação à prova pericial, efetiva-se o contraditório e o direito de defesa, havendo cerceamento (e nulidade, portanto) quando injustificadamente lhe for negado" (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2019, p. 428).

Nenhuma dessas opções foi oportunizada às partes na produção da prova em discussão. Aliás, não houve participação das partes na produção da prova.

Não desconheço que, nos termos do art. 159, § 5º, I, do Código de Processo Penal, foi realizada, para esclarecimentos, a oitiva do perito em audiência de instrução. De acordo com o Magistrado "o perito foi ouvido em juízo, em contraditório, esclarecendo as divergências apontadas" (fl. 1.121), o que afastaria a nulidade do laudo complementar produzido.

Contudo, entendo que a referida oitiva não sanou a ausência de contraditório.

Se a definição clássica do contraditório compreendia apenas a necessidade de informação e a possibilidade de reação, hoje não mais satisfaz apenas essa possibilidade, pois a necessidade de reação deve ser estimulada, permitindo-se que os sujeitos processuais participem da elaboração dos atos. Assim, o contraditório representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo – SP: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 57).

Diante do cenário de dúvida, conforme já mencionado, a Autoridade Policial – **sem a participação de defesa ou acusação**, durante a tramitação da ação penal (findo, portanto, o inquérito), quando já **iniciada a instrução criminal** – determinou, por conta própria, por meio de uma **simples ligação** – como foi esclarecido pelo perito em audiência de instrução – a realização do laudo complementar.

Com razão, nesse particular, o parecerista Geraldo Prado, pois **a intervenção da autoridade policial** mais se parece com um chamado ao perito para rever sua conclusão e **eiva de nulidade o laudo complementar produzido**. Isso porque "a verdade não é o fim último do processo penal, e sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios"

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

(BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo – SP: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 390).

Ademais, em que pese o entendimento deste Superior Tribunal, de que, "Tratando-se de matéria atinente à instrução probatória, não ocorre a preclusão *pro judicato*, e, com esteio no princípio do livre convencimento motivado, não há óbice à prolação de *decisum* retificador, ainda que de ofício" (**AgRg no REsp n. 1.942.414/SC**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 17/12/2021), também pelas peculiaridades do caso, não poderia o Magistrado, após decisão que determinava confecção de novo laudo nos termos legais, retificar seu *decisum* e **aceitar a prova produzida sem respeito às garantias constitucionais e processuais**.

Conforme esclareceu o Ministério Público Federal, em **parecer favorável**, "ao determinar a realização da perícia e deferir o pedido da defesa quanto ao procedimento a ser adotado na diligência, o juízo não poderia mais afastá-la", em especial, porque "o juízo dispensou a perícia posteriormente, com base em laudo feito de ofício pela autoridade policial, sem a presença das partes e pelos peritos que já haviam confeccionados os laudos anteriores" (fl. 1.307).

Diante desse cenário, reconheço a nulidade do laudo complementar e da decisão que dispensa a realização de nova perícia.

IV. Incineração da substância encontrada e a perda de uma chance probatória

O art. 6º, III, do Código de Processo Penal determina que é responsabilidade do Estado "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias".

Baseada nesse mandamento, a teoria da perda de uma chance, criada no direito francês para fins de responsabilização civil, foi transportada para o direito penal pelos professores Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Mambrini Rudolfo e, segundo os mestres, pode ser entendida como a "interrupção antijurídica (omissão, desistência ou indeferimento) do dever de colheita/produção de todas as evidências identificáveis, tangíveis, possíveis e razoáveis, por parte dos agentes públicos, capaz de gerar a perda de uma oportunidade defensiva provável (pleno exercício da ampla defesa e do contraditório) sobre a 'suficiência da premissa probatória' (*standard* probatório)" (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico*: de acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. 1ª ed. Florianópolis – SC: Emais, 2021, p. 261).

Em outras palavras, "Nas hipóteses em que o Estado se omite e

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

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 Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, 2017, p. 462).

A teoria, inclusive, já encontrou amparo em julgados dessa Corte Superior. Menciono aqui o **AREsp n. 1.940.381/AL**, da relatoria do Ministro **Ribeiro Dantas** (DJe 16/12/2021), assim ementado:

> 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.
>
> 1. O representado foi condenado em primeira e segunda instâncias pela prática de ato infracional análogo a homicídio tentado.
>
> 2. Como relataram a sentença e o acórdão, a namorada grávida e um amigo do recorrente foram agredidos por J F DA S A após este ter consumido bebida alcoólica, ao que o representado reagiu, golpeando o agressor com um paralelepípedo. Segundo as instâncias ordinárias, constatou-se excesso na legítima defesa, com base nos depoimentos indiretos do bombeiro e da

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

policial militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia acabado. Esses depoentes, por sua vez, relataram o que lhes foi informado por "populares", testemunhas oculares da discussão que não chegaram a ser identificadas ou ouvidas formalmente pela polícia, tampouco em juízo.

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 Mambrini. 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,

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

> 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.
> (**AREsp n. 1.940.381/AL**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 16/12/2021, grifei)

Trago à baila, ainda, o caso recente julgado pela Sexta Turma assim ementado:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ESTUPRO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONSISTÊNCIAS NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTRA FONTE MATERIAL INDEPENDENTE DE PROVA. LEADING CASE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: HC 598.886/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PROBATÓRIA. ACUSAÇÃO QUE DEIXOU DE PRODUZIR PROVA RELEVANTE. FILMAGENS DO LOCAL EM QUE PRATICADO O DELITO NÃO SOLICITADAS OU ANALISADAS PELOS ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO DE RIGOR. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.
> 1. O reconhecimento pessoal realizado em solo policial e judicial não observou o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal e inexiste fonte material independente de prova apta a fundamentar o édito condenatório. Ademais, as declarações da vítima apresentaram diversas inconsistências e houve interferência direta dos agentes estatais no ato de reconhecimento, prejudicando, assim, a fiabilidade da prova.
> 2. Além das sérias inconsistências e das indevidas interferências no procedimento de reconhecimento, houve grave falha na persecução penal, relativamente à produção de provas. De fato, os crimes teriam sido praticados no interior de

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

um ônibus e a própria denúncia indica que haveria outros passageiros no referido veículo no momento dos fatos, todos eles, in casu, potenciais testemunhas da ação delitiva. No entanto, nenhum dos referidos passageiros, à exceção da ofendida, foi ouvido, seja em juízo ou em solo policial. Ainda, durante a investigação preliminar, a autorida de policial requisitou à empresa responsável pelo ônibus em que praticados os crimes informações sobre a existência de imagens do momento da conduta. A referida empresa indicou não notar "nenhuma ação anormal em nenhum dos 12 coletivos" no interregno de tempo mencionado pela autoridade, e se prontificou a enviar os arquivos contendo as imagens para os órgãos estatais competentes, os quais, contudo, se mantiveram inertes e não solicitaram o traslado das imagens ao caderno probatório, o que chama a atenção, pois, em um contexto de fragilidade probatória, o depoimento dos demais passageiros do veículo coletivo e a filmagem do circuito interno de monitoramento do ônibus onde foi praticado o crime poderiam pôr a termo esse cenário de incerteza, comprovando a tese acusatória ou até mesmo atestando a inocência do Acusado.

3. Aplica-se, ao caso, a teoria da perda de uma chance probatória, a qual dispõe que **"o Estado não pode perder a oportunidade de produzir provas contra o acusado, tirando-lhe a chance de um resultado pautado na (in)certeza. Todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, já que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo**" (ROSA, Alexandre Morais da. RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *In* Revista Brasileira de Direito. v. 13, n. 3, dez. 2017, p. 464; sem grifos no original. Disponível em: <https://seer. atitus. edu.br/index. php/revistadedireito/article/view/2095/1483>).

4. Apesar de os fatos serem gravíssimos e ser dever do Estado não incorrer em proteção insuficiente aos bens jurídicos merecedores de tutela penal, essa obrigação não pode ser cumprida da maneira mais cômoda, com a prolação de condenações baseadas em prova frágil, mormente quando possível a produção de elemento probatório que, potencialmente, possa resolver adequadamente o caso penal. É de se concluir, portanto, que a prova produzida não pode lastrear, por si só, o decreto condenatório, impondo-se a absolvição do Paciente. De fato, em razão da grave falha instrutória, a condenação foi amparada tão somente no reconhecimento fotográfico realizado com a interferência direta de agentes estatais e no depoimento da vítima prestado

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

> em juízo que apresentou inconsistências substanciais na descrição do sujeito. Não foram ouvidas outras testemunhas, não houve confissão por parte do Réu e a res furtiva não foi apreendida em s eu poder.
> 5. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.
> (**HC n. 706.365/RJ**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 30/5/2023, destaquei).

Nesse julgado, o Ministério Público imputou ao acusado a prática, no interior de ônibus municipal, de diversos roubos e estupro de uma passageira. A fim de instruir a investigação preliminar, a autoridade policial haveria requisitado à empresa responsável pelo automóvel as imagens do circuito interno de câmeras. A empresa respondeu à requisição afirmando não ter identificado nenhuma ação anormal nas imagens, mas, caso fosse necessário, poderia enviá-las à delegacia.

Entretanto, conforme menciona a relatora, "não obstante chamar atenção que uma conduta tão grave (roubo a diversas pessoas e estupro de uma das passageiras) possa ter passado despercebida nas filmagens, ao que parece, a autoridade policial e o Ministério Público se mantiveram inertes e não solicitaram o traslado das imagens ao caderno probatório" (**HC n. 706.365/RJ**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe de 30/5/2023), o que gerou a aplicação da teoria em comento.

No caso, ao encaminhar aos autos o laudo complementar, o Delegado de Polícia requereu autorização para a incineração das drogas e invólucros apreendidos. Em 12/4/2019, o Magistrado autorizou a incineração (fl. 879), agendada para 16/4/2019 (fl. 878).

Com a produção de novo laudo pericial, nos termos do que havia decidido o Magistrado, em obediência ao contraditório e à ampla defesa, **o acusado teria uma chance possível e razoável de provar a inexistência do delito de tráfico.**

A atitude estatal, do Delegado que determinou a produção do laudo complementar e do Juiz que se contentou e desistiu da produção do novo documento nos termos do que já havia decidido, além de, frise-se, autorizar a incineração da droga, **interrompeu essa possibilidade e, por conseguinte, reduziu o acervo probatório à disposição da defesa**.

Evidente aqui o prejuízo, porque, como nos ensina o professor Alexandre da Rosa, "a 'dispensa' por meio do 'indeferimento' judicial de

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

perguntas, diligências e provas tempestivas, pertinentes, relevantes e justificadas formuladas pela defesa, no sentido de esclarecer e aprofundar a premissa fática da hipótese acusatória (qualidade, quantidade, credibilidade e fiabilidade das evidências) **pode restringir o exercício da ampla defesa e do contraditório**" (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico*: de acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. 1ª ed. Florianópolis – SC: Emais, 2021. p. 263, grifei).

Assim, comungo da conclusão da Ministra Laurita Vaz, no **HC n. 706.365/RJ,** pois, em um contexto de razoável dúvida quanto à materialidade do delito, "Apesar de os fatos serem gravíssimos e ser dever do Estado não incorrer em proteção insuficiente aos bens jurídicos merecedores de tutela penal, **essa obrigação não pode ser cumprida da maneira mais cômoda**, com a prolação de condenações baseadas em prova frágil, mormente quando possível a produção de elemento probatório que, potencialmente, possa resolver adequadamente o caso penal".

V. Conclusão

Logo, diante da divergência entre os laudos de constatação e o definitivo e, ante a impossibilidade de confecção de nova prova pericial, o caminho é a absolvição do réu, pois ausente a comprovação da materialidade do delito de tráfico.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem** para reconhecer a nulidade do laudo complementar e da decisão que dispensa a realização de nova perícia e, por conseguinte, absolver o acusado com fundamento no art. 386, II, do CPP, da condenação imposta no Processo n. 0013454-04.2017.8.26.0050, da 30ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – SP.

Documento eletrônico VDA39258645 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Rogerio Schietti Cruz Assinado em: 27/11/2023 15:15:01
Código de Controle do Documento: 94CA2333-837C-4AD3-AB92-A66C21EBFC6F

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0319112-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 776.101 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00134540420178260050 134540420178260050

EM MESA JULGADO: 21/11/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	YURI RAMOS CRUZ E OUTRO
ADVOGADOS	:	ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES - DF017700 MARCELO JOSÉ CRUZ - SP147989 EMERSON DAVIS LEÔNIDAS GOMES - PE008385 THIAGO SENNA LEÔNIDAS GOMES - DF034269 YURI RAMOS CRUZ - SP316598 DAVI CARVALHO MEIRA - DF056383 MARCIO HARRINSON AUGUSTO - SP411885 ELIZABETH GOMES FERREIRA DE ANDRADE GUIMARAES - PE053982
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR DOS SANTOS PEREIRA
CORRÉU	:	BENEVAL SILVA DOS SANTOS
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA39214647 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA, SEXTA TURMA Assinado em: 21/11/2023 17:58:15
Código de Controle do Documento: F59ED3F0-6D7E-42BC-BEED-9FBA6457F0E6