SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 898164 - RS (2024/0086328-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	VITOR AZEREDO MACIEL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos

Documento eletrônico VDA44148637 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 24/10/2024 19:07:21
Código de Controle do Documento: 982fba8a-c59d-4435-9634-7347ea261856

incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 17/10/2024 a 23/10/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator

Documento eletrônico VDA44148637 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 24/10/2024 19:07:21
Código de Controle do Documento: 982fba8a-c59d-4435-9634-7347ea261856

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 898164 - RS (2024/0086328-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	:	VITOR AZEREDO MACIEL
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei n. 6.368/1976).

2. Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância.

3. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória. O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

incontroversos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória.

4. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que concedi a ordem de habeas corpus, a fim de desclassificar o delito para o previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

O agravante afirma não ser caso de conhecimento do habeas corpus, pois a análise do pedido demanda o reexame de provas.

Pondera que "uma vez comprovado que o réu tinha em depósito e guardava substâncias entorpecentes e objetos – 23 gramas de maconha, 04 gramas cocaína, R$ 102,90 reais, sem comprovação de origem lícita, além de rádios comunicadores, rolo de papel filme –, que, pelas circunstâncias que permearam a abordagem, pretendia entregar a terceiros, necessário considerar que o fato apurado nesses autos se enquadra no tipo penal do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06" (fl. 322).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja restabelecida a condenação por tráfico de drogas.

VOTO

Em que pesem os argumentos despendidos pela acusação, entendo que não lhe assiste razão.

I. A crise do sistema penitenciário brasileiro

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta perpetrada pelo réu se amolda ao tipo previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 ou ao delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da mesma lei) – como postula o Ministério Público.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

Em regra, é tarefa deveras complexa avaliar o elemento subjetivo a animar a conduta de quem porta certa quantidade de drogas, daí a dificuldade de se atender a pleitos de desclassificação do tipo do art. 33 para o do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, não se desconhece o entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito em recurso especial exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, na via recursal, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

Entretanto, no caso, conforme assinalei na decisão agravada, as evidências indicam ser consistente o direito que dá substrato ao pedido formulado pela defesa em favor do acusado, que foi condenado, pela prática do crime de tráfico de drogas, por haver sido flagrado trazendo consigo 4 g de cocaína e 10 porções de maconha.

Decerto que, no processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

A conduta de porte de drogas para consumo próprio está prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 2º do art. 28, por sua vez, esclarece que: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

agente".

É imperioso o registro, no entanto, de que a Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) – e que continua na legislação atual.

Não por outro motivo, a prática nos tem evidenciado que a concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006), de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

As estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela Lei n. 11.343/2006 – que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28) – não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de drogas.

Com efeito, a análise da população carcerária brasileira aponta que, entre os crimes cometidos que ensejaram o encarceramento, o tráfico de drogas (nacional e transnacional) corresponde a considerável percentual do total de encarcerados.

Conforme dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária – Infopen, em 2006, houve 47.472 prisões por tráfico de drogas. A Lei n. 11.343/2006 entrou em vigor em outubro de 2006. No ano seguinte (2007), foram registradas 65.494 prisões por tráfico, um aumento de 38%.

Essa escalada prosseguiu: em 2010, foram 106.491 prisões. A estatística relativa a dezembro de 2014 (divulgada em abril de 2016) evidenciou que 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas (enquanto 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio).

Mais recentemente, os dados referentes ao período de julho a dezembro de 2019 – fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen), do Departamento Penitenciário Nacional – demonstram que a população carcerária por crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e art. 33 da Lei n. 11.343/2006) totalizou 169.093 indivíduos.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

Se incluirmos também os delitos de associação para o tráfico de drogas (art. 14 da Lei n. 6.368/1976 e 35 da Lei n. 11.343/2006) e os de tráfico transnacional de drogas (art. 18 da Lei n. 6.368/1976 e 33, c/c o art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006), a população carcerária por tal ilicitude salta para 200.583 presos (Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br. Acesso em: set. 2021).

Ainda, faço menção ao fato de que o Brasil ficou em último lugar no Índice Global de Políticas de Drogas, lançado em 8/11/2021. O estudo, que avaliou 30 países, foi elaborado pelo *Harm Reduction Consortium*, que reúne organizações que defendem a chamada política de redução de danos, voltada para mitigar consequências negativas do uso de drogas.

Um dos quesitos que fizeram com que o Brasil obtivesse a menor nota no ranking foi o alto número de mortes provocadas pela polícia em operações contra o tráfico de drogas, a exemplo do massacre que ocorreu em Jacarezinho – RJ, em maio de 2021, que culminou com a morte de 28 pessoas na favela carioca durante uma operação policial (Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/11/08/brasil-fica-em-ultimo-lugar-em-estudo-sobre-politica-de-drogas-de-30-paises.htm. Acesso em: dez. 2021).

Portanto, a atual (embora não recente) crise do sistema penitenciário brasileiro – com sistemática violação de direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal – e o fato de o Brasil ter, hoje, uma das maiores populações carcerárias do mundo justificam as ponderações feitas nesta decisão e reforçam, já sob esse matiz, o descabimento da condenação do réu pelo crime de tráfico de drogas, por haver sido flagrado na posse de quantidade não expressiva de cocaína.

II. Desclassificação – excepcionalidade configurada

No caso, de acordo com os militares que participaram da ocorrência, um usuário teria indicado o local da prisão do réu como ponto de tráfico. Os policiais então se dirigiram para o local e visualizaram o acusado e o corréu saindo do imóvel. Abordados, foi encontrado com o corréu a droga. No interior da residência

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

abandonada, foram localizadas mais drogas, dinheiro, "um esmurrador de madeira e dois rolos de papel filme" (fl. 20). Com base nessas informações, o paciente foi condenado por tráfico de drogas.

Todavia, o paciente, em interrogatório, afirmou ter ido ao local, que "era ponto de venda de drogas", "buscar drogas", por ser "usuário de maconha". Esclareceu, ainda, que "acha que o traficante fugiu pelos fundos" (fl. 201). Essa versão também foi alegada pelo corréu.

O fato de o local ser conhecido pela venda de drogas, por si só, não autoriza presumir que todo indivíduo ali encontrado com entorpecentes seja traficante, uma vez que ponto de venda é também, por imperativo lógico, ponto de compra; assim, tal circunstância não é suficiente, isoladamente, para demonstrar que as drogas apreendidas com o réu eram voltadas à entrega para terceiros.

Os petrechos e o dinheiro foram localizados no interior do imóvel – uma casa abandonada – e não na posse direto do réu.

O paciente não foi flagrado ou observado em ação de comercialização da droga, expondo à venda, entregando ou fornecendo substâncias entorpecentes a consumo de terceiros e o usuário, que poderia confirmar a ocorrência do tráfico, não foi ouvido em interrogatório ou em juízo.

Elucido que 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.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

Florianópolis – SC: Emais, 2021, p. 261).

Em outras palavras, "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).

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 policial militar

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

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, 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.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

(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 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,

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

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 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).

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,

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

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.
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

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

> 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.
> (HC n. 776.101/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023)

No caso, apesar de haver recebido informações acerca da prática do tráfico por usuário, a acusação olvidou-se em arrolar o indivíduo como testemunha a fim de corroborar a versão da prática do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

Por isso, com razão a defesa ao afirmar que, com a oitiva do usuário, o acusado teria uma chance possível e razoável de provar a inexistência do delito de tráfico. A atitude estatal interrompeu essa possibilidade e, por conseguinte, reduziu o acervo probatório à disposição da defesa.

Assim, comungo da conclusão da Ministra Laurita Vaz, no HC n. 706.365/RJ, pois, em um contexto de razoável dúvida quanto à configuração do delito, como no caso, "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".

Em síntese, entendo que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar o tráfico de drogas. O que se tem, com base nos elementos coligidos aos autos é uma avaliação subjetiva sobre eventual traficância praticada pelo acusado, a partir de elementos insuficientes para lastrear uma condenação a pena tão grave.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do recorrido contra juízos fundados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer *a parte objecti*, quer a *parte subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Em decorrência da presunção de inocência, em sua vertente de regra probatória, não se pode transferir ao acusado a prova do que o Ministério Público afirma na imputação original e, no particular, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do réu.

Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura dos autos.

Apenas por cautela, faço a observação de que nada impede que um portador de 5g de crack, a depender das peculiaridades do caso concreto, possa ser responsabilizado pelo delito de tráfico de drogas. Pode, evidentemente, estar travestido de usuário, até o ponto em que, contrastado pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, venha a ser condenado pelo comércio espúrio.

No entanto, no caso ora em análise, a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância por parte do acusado evidencia ser desautorizada a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, considerados os fundamentos já exaustivamente delineados anteriormente.

III. Desnecessidade de revolvimento de matéria fático-probatória

Enfatizo também que, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não demanda o revolvimento de matéria fático-

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

probatória, procedimento vedado no recurso especial, consoante a Súmula n. 7 do STJ.

O caso em análise, diversamente, requer apenas a revaloração de fatos incontroversos – já referidos linhas atrás, os quais estão delineados nos autos – e das provas que foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória.

Depende, ademais, da definição, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias de origem para condenar o acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, *vis-à-vis* os elementos (subjetivos e objetivos) do tipo penal respectivo.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental**.

Documento eletrônico VDA43935164 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ Assinado em: 14/10/2024 13:14:30
Código de Controle do Documento: c52ff311-c7c5-4b57-9cd0-e64e9ddfa0a2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

AgRg no HC 898.164 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0086328-8

Número de Origem:
00089511520188213001 0012180075383 10082920182804 12180075383 50387587120188210001 89511520188213001

Sessão Virtual de 17/10/2024 a 23/10/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: VITOR AZEREDO MACIEL
CORRÉU	: GABRIEL DE VARGAS FERREIRA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ASSUNTO	: DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO	: VITOR AZEREDO MACIEL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Documento eletrônico VDA44138130 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 24/10/2024 00:31:03
Código de Controle do Documento: 78a61e53-a171-4254-bfda-c9b8cb98fe9c

TERMO

A SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 17/10/2024 a 23/10/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Antonio Saldanha Palheiro e Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 23 de outubro de 2024

Documento eletrônico VDA44138130 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 24/10/2024 00:31:03
Código de Controle do Documento: 78a61e53-a171-4254-bfda-c9b8cb98fe9c