



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000343784

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000085-27.2023.8.26.0633, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante LUAN SANTOS SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso ministerial e deram provimento àquele defensivo para absolver LUAN SANTOS SILVA da prática do crime inculcado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES E MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 23 de abril de 2024.

ANA ZOMER

Relatora

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO n° 0000085-27.2023.8.26.0633

Apelante/apelado: LUAN SANTOS SILVA

Apelado/apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Mongaguá

Magistrado(a): Dr(a). Fernando Henrique Masseroni Mayer

Voto n°: 4.098

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Ministério Público que almeja a fixação do regime inicial fechado. Defesa que requer a absolvição do acusado por insuficiência probatória e a desclassificação do delito para o de porte de entorpecentes para consumo pessoal; subsidiariamente busca a reforma da reprimenda imposta, com a aplicação de todos os benefícios legais. Requer, ainda, a concessão do direito de apelar em liberdade. Acolhimento. Fragilidade probatória. Aplicação, *in casu*, da teoria da perda de uma chance. Acusação que deixou de produzir prova relevante para a elucidação da dinâmica fática. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça (HC n° 706.365/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe em 30/5/2023 e AgRg no AREsp n° 2.203.435/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/12/2022, DJe em 13/12/2022, v.g.). Absolvição de rigor. Recurso ministerial improvido e provido aquele da defesa.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela d. Defesa de LUAN SANTOS SILVA em
Apelação Criminal n° 0000085-27.2023.8.26.0633 -Voto n° 4.098



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

face da r. sentença de fls. 107/115, cujo relatório acolho, na qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Mongaguá condenou-o às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no piso, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; negado o apelo em liberdade.

O Ministério Público almeja a fixação do regime inicial fechado (fls. 127/135).

A Defesa objetiva a absolvição do acusado por insuficiência probatória e a desclassificação do delito para o de porte de entorpecentes para consumo pessoal. Subsidiariamente, busca a reforma da reprimenda imposta, com a aplicação de todos os benefícios legais. Requer, ainda, a concessão do apelo em liberdade. (fls. 153/160).

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 161/164 e 168/169).

Regularmente processados, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial e improvimento daquele defensivo (fls. 176/186).

Ao julgamento virtual não se fez oposição.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A r. sentença comporta reparos.

Segundo narra a inicial acusatória, “no dia 06 de maio de 2023, por volta das 21h, na Avenida Anna Seckler Malacco, altura do nº 2561, Jussara, nesta cidade e comarca de Mongaguá, LUAN SANTOS SILVA, qualificado às fls. 11, trazia consigo, sem autorização e para fins de tráfico, 53 (cinquenta e três) porções de cocaína, com peso total bruto 64g (sessenta e quatro gramas) e 40 (quarenta) porções de crack, com peso total bruto de 18g (dezoito gramas), conforme auto de exibição/apreensão de fls. 28 e auto de constatação de substância entorpecente de fls. 26/27.

Segundo apurado, o denunciado, querendo praticar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mercancia ilícita de entorpecentes, trazia consigo as supramencionadas drogas.

Ocorre que, policiais militares receberam informação da possível prática de comércio ilícito de entorpecentes, rumando para o local. O increpado, ao visualizar a aproximação da viatura, dispensou uma bolsa preta no chão e tentou se evadir a pé.

Os agentes da lei, no entanto, o capturaram e recuperaram a bolsa previamente dispensada, em cujo interior continha os supramencionados entorpecentes.

A quantidade e diversidade de drogas, as atitudes do denunciado e o local onde se deram os fatos indicam que o acusado se dedicava ao comércio espúrio de entorpecentes” (fls. 46).

Em virtude destes fatos, LUAN foi denunciado e, posteriormente condenado, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Pois bem.

A materialidade está demonstrada pelos auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 06/07), auto de exibição e apreensão (fls. 28), auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 26/27), fotografias (fls. 30/31), laudo definitivo de entorpecentes (fls. 72/75), assim como pelas demais provas carreadas ao todo.

Malgrado, a autoria do tráfico é duvidosa.

Friso, por oportuno, o teor da prova oral exposta na r. sentença antagonizada.

A testemunha *Alessandro Martins Canuto*, policial militar responsável pelo flagrante, esclareceu em juízo que *“sua viatura foi solicitada via COPOM para averiguar denúncia de tráfico de drogas; que este relatou que havia cinco indivíduos fazendo uso e comércio de entorpecentes; que chegando próximo ao local viu o indiciado dispensar um objeto e entrar às pressas num comércio, salvo engano um bar; que no interior do bar havia outros 5 indivíduos e uma senhora, possivelmente responsável pelo comércio; que abordaram todos e os conduziram*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para fora do estabelecimento; nada foi encontrado com o réu; que ao indagar o acusado ele disse que não arremessou nada; ao ir no local que viu ele jogar algo e achou uma bolsa pequena preta com os entorpecentes dentro; que foram apresentados o réu mais três indivíduos; que os outros dois tinham dinheiro e o réu estava com as drogas; que arrolou todos os indivíduos que estavam no bar em seu boletim de ocorrência; que viu uma aglomeração de pessoas mas quando chegou mais próximo viu o réu com uma camisa laranja ou listrada que essa camisa diferenciou ele dos demais; que alguns parentes do réu chegaram no local da abordagem mas inclusive a mãe disse que deu muitos conselhos a ele para que saísse do ponto de venda de drogas; esses parentes não quiseram depor formalmente; que estava há 10 no máximo 20 metros ao ver o réu dispensar as sacolas; a mãe, o irmão e o cunhado falaram 'tá vendo o que deu, a gente estava falando que isso ia acontecer'; que o irmão disse ter tentado tirar o réu do ponto de venda de drogas por diversas vezes; que o réu ficou quieto” (fls. 105/106, 109 e mídia).

Em similar sentido, o testemunho do policial militar *Lucas Rodrigues Fávaro Rubens* asseverou que recebeu “denúncia de tráfico, com cinco indivíduos no local comercializando entorpecentes; que o local é utilizado para a traficância de drogas e já é conhecido pela polícia; que no interior era um bar, que adentraram no local e revistaram todos lá; que com o Luan não acharam nada, mas com outros havia dinheiro trocado; que viram ele jogar algo próximo à árvore; indo lá acharam a sacola; que as partes com dinheiro trocado foram dispensadas e no BOPC só constou o Luan; que viu o Luan dispensando a bolsa com as drogas, que ele estava bem próximo do bar; que o COPOM passou cinco indivíduos praticando o tráfico; que tinha cinco pessoas no bar mas a senhora do comércio, acreditando ser a dona do bar; que três foram conduzidos, dois com o dinheiro e o Luan com a droga; que o delegado só prendeu o Luan; que o réu não confirmou serem as drogas dele; que não se lembra se os outros foram qualificados no BOPC mas que constaram do BOPM; que quando estava abordando a mãe, salvo engano do réu, compareceu e disse que havia avisado para pararem com o que estavam fazendo” (fls. 105/106, 109 e mídia).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por sua vez, *Ana Cláudia Soares*, arrolada pela defesa e ouvida na qualidade de informante, explicou que “*no dia ele estava do lado dela tomando cerveja e jogando sinuca. Que ele foi para outro bar e estando lá foi abordado, enquanto esperava para jogar o bingo. Que ele não traficava drogas. Que ele estava em seu bar e foi até outro bar justamente para jogar bingo; que os bares eram próximos, estando a duas casas de distância; que ele foi sozinho; que não foi até a abordagem porque os policiais não a deixaram passar. Que viu pessoas correndo para o outro canto; que não viu policial encontrado sacola perto do local da abordagem; que o réu trabalha de fazer telhado e de ajudante, e que trabalhava direto; que o réu nunca foi preso; que ele foi no outro bar para jogar bingo e no que estavam só tinha sinuca; que foram abordados pelos policiais só o réu, depois ficou sabendo que tinham mais dois; que não viu as pessoas serem colocadas na viatura só o réu; que viu chegar familiares do Luan na abordagem mas que olhou só de longe e não ouviu os diálogos; que estava perto, umas duas casas antes da sua; que tinha muita gente na rua na hora; que tinha duas viaturas no local*” (fls. 105/106, 111 e mídia).

O ora apelante/apelado, silente na fase policial (fls. 05), negou a prática da traficância em contraditório, asseverando que “*estava no bar próximo e foi ao outro bar; que em cinco minutos chegaram as viaturas; que já estava dentro do bar; que os PM chegaram e pediram para todos saírem do bar; que nisso começara a revistar; que nesse momento foi algemado e colocado no portamalas da viatura; que tomou conhecimento da droga só no exame de corpo de delito; que de fato sua mãe chegou no local chorando e que ela falava para ele não ficar no bar, mas que não aduziu que era traficante que não queria que ele ficasse no bar; que não sabe porque foi preso, não sabe o que dizer; que estava dentro do estabelecimento; que a camisa era laranja e todos estavam com camisa preta; que não sabe o porquê de ser preso; que realmente estava com a camisa laranja; que os outros estavam com dinheiro; que não estava com dinheiro algum, só dois reais; que tinha comprado a cartela para o jogo de bingo às 20:00; que paga no fiado no outro bar, que tem uma conta; que tinha cinco pessoas no interior do bar, com roupas pretas; que só o réu e mais dois foram conduzidos ao DP*” (fls. 105/106, 111 e mídia).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não se ignora que, quanto ao depoimento dos agentes públicos, é pacífico o entendimento de que a simples profissão por eles exercida não enseja seu recebimento com reservas, posto que gozam de fé pública e são colhidos sob o compromisso de externar a verdade (*STF, HC nº 74.608-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., Ementário 1864-5/1021; e STJ, AgRg no AREsp nº 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe em 21/2/2022*).

Contudo, como sucede com qualquer testemunha, o depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas ao caderno processual; detidamente neste ponto reside a problemática do caso em apreço.

A dinâmica fática apresentada ao contraditório revelou que os agentes policiais receberam comunicação, via COPOM, a fim de dar conta da prática da traficância de entorpecentes por 5 (cinco) indivíduos que vestiam roupas pretas. Em direção ao local dos fatos, a equipe deparou-se com o acusado, vestindo uma camiseta laranja, que teria dispensado um objeto e adentrado o bar mais próximo.

No referido comércio, além do acusado, estavam presentes 5 (cinco) indivíduos com vestes compatíveis com os termos da comunicação policial, sendo que 2 (dois) deles ainda ostentavam certa quantia em dinheiro.

Demais disso, os policiais também puderam constatar a presença da responsável pelo bar.

Devidamente abordados pelos agentes, o réu e mais 2 (duas) pessoas foram conduzidas ao distrito policial, tendo sido os últimos liberados; mantida a qualificação de todos os envolvidos no BOPM.

Ante a versão exculpatória apresentada pelo recorrente, corroborada parcialmente pelo depoimento da informante *Ana Cláudia Soares*, percebe-se que existem lacunas probatórias que não foram devidamente preenchidas pelos esforços do ônus acusatório, uma vez que tais informações se mostraram determinantes para o esclarecimento do ocorrido.

Dita conjuntura processual configura o que a doutrina processualista-penal denomina de "*perda de uma chance probatória*", a qual



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preconiza que:

"Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance – com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) –, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída. E é justamente no conteúdo dos parênteses que reside o grande problema: como ter certeza de que a prova que não foi produzida não colocaria abaixo a tese acusatória?" (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. 462).

Em sendo toda prova necessária, por certo o *Parquet*, julgando suficientes os depoimentos dos policiais miliares que realizaram o flagrante (fls. 47), omitiu-se de buscar o enriquecimento do material probatório. À guisa de exemplo, imprescindíveis se faziam as oitivas da responsável pelo comércio e dos 5 (cinco) indivíduos lá presentes, todas testemunhas da abordagem policial.

Tais elementos, como bem firmado pela prova oral produzida, estavam à disposição e sob responsabilidade do Estado, uma vez que veiculados pelo BOPM.

Neste diapasão, o C. Superior Tribunal de Justiça reúne precedentes que comportam a transcrição:

"HABEAS CORPUS. *PROCESSUAL PENAL.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 D A 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.

(...)

*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*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

investigação preliminar, a autoridade 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: <[Apelação Criminal nº 0000085-27.2023.8.26.0633 -Voto nº 4.098](https://seer.atitus.</p>
</div>
<div data-bbox=)**



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 seu poder.

5. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.” (HC nº 706.365/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe em 30/5/2023 – grifos nossos).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 266 DO CPP. AUSÊNCIA DE OUTRAS



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVAS JUDICIAIS VÁLIDAS INEQUÍVOCAS QUANTO À AUTORIA. PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. *Outrossim, observa-se que o Parquet deixou de produzir provas fundamentais à elucidação da controvérsia. Os relatos transcritos na sentença e no acórdão recorrido deixam claro que o réu foi atingido por quatro disparos de arma de fogo, inclusive no rosto, segundo o atirador, porém nenhum ferimento no réu se confirmou (tampouco se produziu prova para apurá-los) e nem houve notícia de atendimento na rede pública. Anote-se, ainda, que foi encontrado sangue no local dos fatos, mas não houve perícia para comprovar se era do acusado. Perda da chance probatória configurada.*

4. **'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, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021).

5. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AREsp nº 2.203.435/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/12/2022, DJe 13/12/2022 – grifos nossos).

"(...)



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 nº 1.940.381/AL, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe em 16/12/2021 – grifos nossos).

Na conjuntura perquirida, diversamente do que ocorre em inúmeras investigações da mesma natureza, havia chance de se produzir provas potencialmente isentas para além dos próprios agentes estatais (ROSA, Alexandre Morais da. RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal.** Disponível em: <<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095/1483>>. Acesso em 29/02/2024).

Em havendo tal viabilidade, buscando favorecer a construção de conjuntos de elementos de juízo mais robustos para a tomada de decisões epistemologicamente orientadas, deve-se privilegiar a devida instrução dos casos criminais, notadamente ante a função primordial da instituição probatória de averiguação da verdade.

Desta forma, quanto à prática do delito de tráfico de drogas, não houve a produção de provas robustas e aptas a demonstrarem a autoria delitiva; chegou-se a um juízo de probabilidade, não de certeza, notadamente em face das contradições existentes na prova testemunhal produzida.

Assim, conclui-se que a conexão do acusado com o delito pelo qual foi denunciado no presente processo é demasiado frágil, notadamente pela



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impossibilidade de se determinar o substancial conteúdo de sua conduta à luz da acusação formulada.

Diante da fragilidade probatória destacada, estando ausente a demonstração segura da autoria delitiva, mais prudente é a absolvição, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Dito isto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso ministerial e dou provimento àquele defensivo** para absolver LUAN SANTOS SILVA da prática do crime inculcado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

ANA ZOMER

Relatora