



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.978 - RR (2010/0162192-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PEDRO XAVIER COELHO SOBRINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : BERNARDO CARVALHO MOREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. PERÍCIA QUE TERIA RESULTADO NEGATIVA PARA COCAÍNA NA SUBSTÂNCIA APREENDIDA COM CORRÉU. EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL EM AÇÃO PENAL CONEXA DANDO CONTA QUE TERIA SIDO APREENDIDA COCAÍNA EM PODER DE OUTROS AGENTES QUE INTEGRARIAM A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA DA QUAL O PACIENTE FARIA PARTE. APTIDÃO PARA ATESTAR A MATERIALIDADE DO DELITO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Embora a perícia na substância apreendida em poder do corréu tenha indicado que não se tratava de droga, o certo é que a ação penal deflagrada em desfavor do paciente originou-se de uma investigação mais ampla, na qual houve a prisão em flagrante de outros acusados de integrar a organização criminosa voltada para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidas com alguns deles "trouxinhas" nas quais havia produto que, testado, resultou positivo para cocaína.

2. Conquanto não tenha havido a apreensão de droga com o paciente e os corréus presos na ação penal em tela, não há dúvidas de que foi encontrada cocaína em poder de outros componentes da organização criminosa da qual seriam integrantes, e que foram denunciados em processo conexo, o que é suficiente para comprovar a materialidade delitiva do crime de tráfico. Precedentes.

3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas imputado ao paciente a partir de laudos constantes de feito conexo à ação penal deflagrada, uma vez que é amplamente admitida a prova emprestada de outro processo, notadamente quando resultam de uma mesma investigação policial, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.978 - RR (2010/0162192-3)

IMPETRANTE : PEDRO XAVIER COELHO SOBRINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE : BERNARDO CARVALHO MOREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de BERNARDO CARVALHO MOREIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima que denegou a ordem nos autos do HC n. 000.10.000595-8.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, em virtude da ausência de justa causa ao prosseguimento da ação penal quanto ao delito de tráfico de drogas, em razão da inexistência de elementos probatórios mínimos a identificar a materialidade delitiva.

Destaca que o exame pericial realizado pelo Instituto de Criminalística na substância apreendida com um dos corréus teve o resultado negativo para cocaína.

Requer a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal em tela quanto ao crime disposto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 46.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 62/63 e 65/73), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 84/89, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.978 - RR (2010/0162192-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal em tela no tocante ao crime de tráfico de drogas, ante a alegada falta de comprovação da materialidade delitiva.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação do impetrante contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade, deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser chancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de praticar os crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, extraíndo-se da denúncia os seguintes trechos:

"Os denunciados, com vontade livre e consciente, mediante prévia combinação e unidade de desígnios, associaram-se de forma estável, para, reiteradamente, adquirir, transportar, manter em depósito e vender a droga do tipo 'cocaína', de uso proscrito no Brasil, conforme resolução RDC nº 040/09/ANVISA e portaria nº. 344/98-SVS/MS e de acordo com a Lei 11.343/06.

Conforme o incluso inquérito policial, a partir de investigações policiais, os traficantes JÚLIO CÉSAR DA SILVA, MÁRCIA ANDRÉIA MACEDO, HAYNER FRANCO MARQUES ABEL, ANTÔNIA CLEUDES PEREIRA DA SILVA e MOISÉS CARVALHO RODRIGUES, foram presos em flagrante delito no dia 04/06/09 e denunciados pelos crimes previstos nos arts. 33, caput e 35, caput da Lei nº 11.343/06, sendo o último denunciado ainda pelo art. 34 da mesma lei (autos nº 010 09 215393-0).

As investigações realizadas neste processo (autos nº 010 09 215393-0), foram alicerçadas por interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, as quais, aliadas aos demais elementos probantes - relatórios de investigações, depoimentos testemunhais e interrogatórios dos envolvidos - desencadearam outra operação policial que culminou na prisão desses traficantes.

Extraí-se das investigações que todos os denunciados faziam parte de uma extensa e complexa organização criminosa voltada ao tráfico de droga na capital, todos eles, registre-se, associados também, aos denunciados autos nº 010 09 215393-0.

As tentativas de negociação e aquisição de drogas para venda eram feitas entre os denunciados de forma conjunta, conforme se verifica na leitura dos autos do presente inquérito e interceptações telefônicas, restando claro que os infratores adquiriam e forneciam drogas ilícitas uns aos outros, e em seguida tratavam de vendê-las e disseminá-las em festas, casas noturnas e faculdades desta cidade, preferencialmente entre jovens de classe média.

No decorrer das investigações policiais, constatou-se que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denunciado BERNARDO CARVALHO MOREIRA fornecia drogas para HAYNER, (denunciado nos autos nº 010 09 215393-0, oriundos da mesma investigação), e demais participantes da organização.

FLAVIO CASTELLAR, além do elo com o denunciado BERNARDO, mantinha estrita ligação com a acusada ANA LÚCIA, vulgo "ANA FONFOM", e esta, com HAYNER (denunciado nos autos no 010 09 215393-0). Este denunciado também adquiria e fornecia drogas aos demais, e a terceiros, e sua confissão, é rica em detalhes do envolvimento de outros denunciados.

O acusado JORGE ZACHARIAS, vulgo 'NETO', também participava da organização criminosa, e era um dos contatos principais dos denunciados ANA LÚCIA, FLAVIO CASTELLAR, JAIRO, BERNARDO, HAYNER, JÚLIO CÉSAR e MOISÉS (os três últimos denunciados nos autos no 010 09 215393-0 em decorrência da mesma investigação policial).

O denunciado JAIRO CALDEIRA, já condenado em outro processo por tráfico de drogas, também efetuava a entrega da substância para a quadrilha, especialmente ao acusado JORGE ZACHARIAS, que junto aos demais denunciados, encarregava-se de distribuí-la aos pequenos fornecedores da cidade, popularmente conhecidos como 'aviões', buscando o lucro fácil.

As provas colhidas no inquérito policial e seus apensos indicam que os denunciados estavam associados para o tráfico de drogas, juntamente com os denunciados nos autos no 010 09 215393-0, principalmente no dia da apreensão da droga que deu origem a esse processo (0410612009), pois em dias anteriores a ela, os denunciados sempre mantinham contato para o abastecimento de drogas entre si." (e-STJ fls. 15/17).

Sob o argumento de que a materialidade delitiva do crime de tráfico de entorpecentes não teria sido comprovada nos autos, pois a substância apreendida em poder do corréu Flávio Machado Castellar Filho não seria cocaína, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, objetivando o trancamento da ação penal no que se refere ao mencionado ilícito, tendo a ordem sido denegada em aresto que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRAFICO DE ENTORPECENTES. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CABÍVEL SOMENTE QUANDO EMERGE DOS AUTOS, DE FORMA INEQUÍVOCA, A INOCÊNCIA DO PACIENTE, A ATIPICIDADE DO FATO OU A EXTINÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PUNIBILIDADE. AÇÃO PENAL CUJA SUPOSTA PROVA DA MATERIALIDADE CONSTA DE OUTRO PROCESSO CRIMINAL DO QUAL RESULTOU O FEITO PELO QUAL RESPONDE O ORA PACIENTE. DENÚNCIA QUE PREENCHE A CONTEÚTO OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ATRAVÉS DA EXPOSIÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS, SUAS CIRCUNSTÂNCIAS, A QUALIFICAÇÃO DOS AGENTES E A CLASSIFICAÇÃO DO CRIME, MOSTRANDO-SE APTA A ENSEJAR A AMPLA DEFESA, CONFERINDO JUSTA CAUSA À AÇÃO PENAL, EM CONSONÂNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM DENEGADA." (e-STJ fl. 39).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, não se constata nenhum constrangimento ilegal passível de ser remediado por esta Corte Superior de Justiça.

Antes de mais nada, cumpre destacar que não se desconhece a existência de alguns julgados desta colenda Turma no sentido de que o laudo toxicológico para comprovar a materialidade do delito de tráfico de entorpecentes só é exigido quando há a apreensão da droga, de modo que, nos casos em que esta não é encontrada, seria possível a condenação com base em outras provas, como a testemunhal.

Confira-se:

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA IMPROCEDÊNCIA. FATOS DIVERSOS. ANÁLISE MINUCIOSA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DELITO CAPITULADO NO ART. 12 DA LEI N.º 6.368/76. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ART. 13 DA LEI N.º 6.368/76. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.
(...)*

3. A despeito da pacífica orientação desta Corte no sentido da indispensabilidade do laudo toxicológico para se comprovar a materialidade do crime de tráfico ilícito de drogas, já se posicionou esta Col. Quinta Turma (HC 91.727/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 19/12/2008) no sentido de que o referido entendimento só é aplicável nas hipóteses em que a substância entorpecente é apreendida, a fim que se confirme a sua natureza. Dessa forma, é possível, nos casos de não apreensão da droga, que a condenação pela prática do delito tipificado no art. 12



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 6.368/76 seja embasada em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal, o que constitui o caso dos autos.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida para, reconhecendo a absorção do crime previsto no art. 13 da Lei n.º 6.368/76 por aquele tipificado no art. 12 do mesmo diploma legal, redimensionar a pena do Paciente, que fica estabelecida em 29 (vinte e nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 440 (quatrocentos e quarenta) dias-multa. Concessão de habeas corpus, de ofício, para alterar o regime prisional para o inicial fechado.

(HC 80.483/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 01/03/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, LAVAGEM DE DINHEIRO E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADES. (...) INEXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DELITO. (...) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes deve ser comprovada mediante a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo. Entretanto, tal entendimento deve ser aplicado na hipótese em que há a apreensão da substância entorpecente, justamente para se aferirem as características da substância apreendida, trazendo subsídios e segurança ao magistrado para o seu juízo de convencimento acerca da materialidade do delito.

4. Na hipótese, o laudo de exame toxicológico definitivo da substância entorpecente não é condição única para basear a condenação se outros dados suficientes, incluindo a vasta prova testemunhal e documental produzidas na instrução criminal, militam no sentido da materialidade do delito.

(...)

9. Ordem parcialmente concedida para excluir da condenação do paciente a sanção imposta pela incidência do crime previsto no art. 12, § 2º, inciso II, da Lei 6.368/76 e reduzir as penas relativas aos crimes previstos nos arts. 12, caput, e 14, ambos da Lei 6.368/76, respectivamente, para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, também de reclusão.

(HC 91727/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008)

Contudo, não obstante os fundamentos constantes dos referidos precedentes, tem-se que a perícia é indispensável para a comprovação da materialidade do delito em questão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/2006 encontra-se assim redigido:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa."

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é a saúde pública, sendo que o tipo penal exige, para sua caracterização, que a droga possua componentes que sejam capazes de causar dependência física ou psíquica.

Ora, a constatação da aptidão da substância entorpecente para produzir dependência, ou seja, para viciar alguém, só é possível mediante perícia, já que tal verificação depende de conhecimentos técnicos específicos.

A potencialidade para causar dependência da droga objeto do crime de tráfico constitui elemento do tipo penal em questão, razão pela qual, uma vez não atestada de forma inconteste, não há como se ter como provada a materialidade do delito em análise.

Em não havendo a apreensão e perícia dos tóxicos capazes de causar dependência física ou psíquica, como seria possível aferir, com segurança, que eles possuiriam tal natureza?

Sobre o exame pericial realizado em laboratório, Guilherme de Souza Nucci apresenta a seguinte lição:

"Trata-se do exame especializado realizado em lugares próprios ao estudo experimental e científico. Em muitos crimes, como ocorre no cenário dos delitos contra a saúde pública, é imprescindível a produção do exame laboratorial, para que os peritos, contando com aparelhos adequados e elementos químicos próprios, possam apresentar suas conclusões. Ex.: exame toxicológico para detecção de substâncias entorpecentes; exame de dosagem alcoólica; exame de substância venenosa; exame de constatação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produto farmacêutico falsificado, dentre outros." (Provas no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64).

Acerca da indispensabilidade do exame pericial para comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, tem-se que o § 1º do artigo 50 da Lei 11.343/2006 exige o laudo de constatação para a prisão em flagrante pelo referido delito, *verbis*:

"Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo."

Tem-se, então, que por imperativo legal não se admite a prisão em flagrante e o recebimento da denúncia sem que seja demonstrada, ao menos em juízo inicial, a materialidade da conduta por meio de laudo de constatação preliminar da substância entorpecente, que configura condição de procedibilidade para a apuração do ilícito de tráfico.

Por oportuno, merece transcrição a seguinte passagem da obra "As nulidades no processo penal", da autoria de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Sarance Fernandes:

"A fim de haver justa causa para a ação penal, de regra, deve o exame de corpo de delito ser feito antes da denúncia, mas, em algumas situações, admite-se a acusação sem ele, desde que esteja a materialidade do crime evidenciada por outros elementos indiciários. Se o processo for instaurado sem o exame, deverá ser ele necessariamente realizado, sendo o laudo juntado antes da sentença.

(...)

Mesmo quando a materialidade for evidenciada diretamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por elemento constante dos autos (ex.: o próprio documento falsificado), não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito.(As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.141).

Na mesma esteira são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

"Materialidade do crime: o crime relacionado às drogas ilícitas depende de prova pericial, pois é infração penal que deixa vestígio (art. 158, CPP). Logo, a materialidade precisa ser formada pelo laudo toxicológico, quando peritos examinam o produto apreendido, necessariamente, atestando tratar-se de substância entorpecente e indicando qual é a espécie.

Laudo de constatação: é o exame pericial preliminar, realizado mais rapidamente, sem necessidade de dois peritos, somente para justificar o recebimento da denúncia ou queixa. O laudo é provisório e pode ser, futuramente, contrariado pelo exame definitivo. É autêntica condição de procedibilidade. Se a peça acusatória for recebida sem o laudo de constatação, há falta de justa causa para a ação penal, possibilitando seu trancamento, pela interposição de habeas corpus. Se o réu estiver preso, deve ser colocado em liberdade." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 389).

Esta tem sido, também, a orientação majoritariamente sufragada por esta Corte Superior, consoante inúmeros julgados, dentre os quais os abaixo colacionados:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, LAVAGEM DE DINHEIRO, TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA QUANTO AOS DELITOS DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE ABSOLUTA. DEMAIS DELITOS. DISPENSABILIDADE.

1. A feitura e juntada aos autos do laudo toxicológico é indispensável para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas. Ao se constatar a ausência do laudo pericial da substância entorpecente, o processo deve ser anulado para que seja procedida à realização dos respectivos exames periciais e a devida intimação das partes. Precedentes.

2. O laudo de constatação provisório é suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia, entretanto, não supre a ausência do laudo definitivo - cuja ausência gera nulidade absoluta, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional. Precedentes desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, verifica-se que o Paciente está sendo processado pelo delito de tráfico de drogas sem a realização sequer do laudo de constatação provisório, somente tendo sido realizado o exame da aeronave onde os resquícios da droga teriam sido encontrados, restando evidenciado, assim, o constrangimento ilegal.

4. Vencida a Relatora, que entendia que se mostrava dispensável o laudo toxicológico quanto aos demais crimes imputados ao Paciente, na medida em que não constituem delitos que deixam vestígio.

Entendimento majoritário prevalente: uma vez anulado o aditamento à denúncia relativamente ao delito de tráfico por ausência materialidade, a anulação deve ser estendida ao crime de associação.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para, quanto aos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas, declarar a nulidade da denúncia e subsequente aditamento.

(HC 139.231/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 17/11/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

a) A ausência de laudo definitivo, nos delitos de tráfico de entorpecentes, caracteriza nulidade, porque representa prova da materialidade do delito.

b) O laudo provisório é suficiente para o oferecimento da denúncia, mas não para comprovar a materialidade do delito e alicerçar édito condenatório.

c) Coação ilegal configurada.

d) Ordem concedida, para anular a r. sentença e o v. acórdão, determinando-se a juntada dos laudo definitivo aos autos e, após manifestação das partes, a prolação de nova sentença, devendo o paciente aguardar o julgamento em liberdade.

(HC 143.238/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010)

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – RECEPÇÃO – PORTE DE ARMA DE FOGO - AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA – AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO BASEADA EM ILAÇÕES – AUSÊNCIA DE AMEAÇA À TESTEMUNHA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE E TRANCAR A AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO. EFEITOS DO JULGADO ESTENDIDOS AO CO-RÉU TÃO-SÓ PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. EXPEDIDO ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO PACIENTE, SALVO PRISÃO POR OUTRO MOTIVO.

(...)

5. Em relação ao crime de tráfico de drogas a prova da existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime depende de apreensão da droga e da realização de perícia. Se a droga não foi apreendida, a materialidade do crime nunca será provada.

6. Ordem parcialmente concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e trancar a ação penal em relação ao crime de tráfico.

Efeitos do julgado estendidos ao co-réu tão-só para trancar a ação penal em relação ao crime de tráfico de drogas. Expedido alvará de soltura em favor do paciente, salvo prisão por outro motivo.

(HC 114.190/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO. DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEMILIBERDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

IV - É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes. (Precedentes).

Writ não conhecido.

Habeas corpus concedido de ofício.

(HC 76755/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 20/08/2007 p. 300)

No caso dos autos, conquanto a perícia na substância apreendida em poder do corréu do paciente tenha indicado que não se tratava de droga (e-STJ fls. 19/20), o certo é que a ação penal contra eles deflagrada originou-se de uma investigação mais ampla, na qual houve a prisão em flagrante de outros acusados de integrar a organização criminosa voltada para a prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidas com alguns deles "trouxinhas" nas quais havia produto que, testado, resultou positivo para cocaína (e-STJ fls. 33 e 34/35).

O referido flagrante culminou na instauração do Processo n. 010 09 215393-0 (e-STJ fl. 21), reiteradamente mencionado na denúncia ofertada contra o paciente e demais réus, cujas provas (interceptações telefônicas, depoimentos testemunhais, relatórios policiais e interrogatórios dos envolvidos) possibilitaram a prisão do paciente e demais agentes acusados de traficar substâncias entorpecentes em Boa Vista/RO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, muito embora não tenha havido a apreensão de droga com o paciente e os corréus presos na ação penal em tela, não há dúvidas de que foi encontrada cocaína em poder de outros componentes da organização criminosa da qual seriam integrantes, e que foram denunciados em processo conexo, o que é suficiente para comprovar a materialidade delitiva do crime de tráfico a ele imputado.

Sobre o assunto, esta Corte Superior de Justiça já decidiu que a apreensão de substância entorpecente com coautores no crime de tráfico é suficiente para atestar a materialidade do delito em questão, não havendo que se falar em trancamento da ação penal.

Confira-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) ALEGAÇÃO DE NULIDADES. (A) AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. CRIME DE TRÁFICO. NÃO OCORRÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS COM O PACIENTE. ENTORPECENTE QUE SE ENCONTRAVA COM O COAUTOR. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (B) COAUTORIA EM CRIME MATERIAL. POSSIBILIDADE. (...).

1. Não prosperam as alegações de ausência de materialidade, nem de impossibilidade de concurso de agentes no crime material de tráfico de drogas, em razão da ausência de apreensão de drogas com o paciente. Isso por que, tendo sido empreendida imputação na modalidade de concurso de agentes, cabendo ao paciente a tarefa de funcionar como batedor, seguindo à frente do veículo no qual era transportada a droga, demonstrado o liame entre ambos, inexistente ilegalidade. A droga apreendida com o corréu foi devidamente periciada, comprovando-se a materialidade.

(...)

8. Ordem conhecida em parte, e, em tal extensão, denegada.

(HC 119.213/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 24/10/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N° 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DE MATERIALIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA PREJUDICADO.

(...)

II - In casu, há suficiente prova da materialidade do crime, pois, embora não tenha sido apreendida com o paciente nenhuma substância entorpecente, com os outros co-réus foram encontradas mais de 100 pedras de crack que seriam de sua propriedade.

(...)

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC 133.185/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 20/10/2009, DJe 30/11/2009)

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas imputado ao paciente a partir de laudos constantes de feito conexo à ação penal contra ele deflagrada, uma vez que é amplamente admitida a prova emprestada de outro processo, notadamente quando resultam de uma mesma investigação policial, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. (...).

(...)

4. Na espécie, a prova emprestada, na qual também se amparou o título condenatório, tem plena validade, pois corroborada por outros elementos, não se olvidando que a defesa, regularmente intimada da sua juntada aos autos, teve a oportunidade de refutá-las.

(...)

7. Ordem denegada.

(HC 219.482/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 11/04/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (...) PROVA EMPRESTADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONDENAÇÃO. (...) ORDEM DENEGADA.

(...)

4. Não há falar em nulidade por incompetência territorial ou pela utilização de prova emprestada se a condenação do paciente amparou-se nas provas produzidas no juízo da condenação, competente, que inclusive autorizou as interceptações telefônicas. O fato de um réu, suposta "mula", ter sido preso em flagrante em outro Estado e lá ter sido processado não altera esse quadro. E é lícita a utilização do interrogatório colhido no outro feito, mediante prévio conhecimento da Defesa. Tal prova não foi exclusiva ou decisiva para a condenação.

(...)

9. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.

(HC 158.856/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011)

Irretocáveis, por conseguinte, as conclusões do aresto objurgado, que denegou a ordem pleiteada pelo impetrante sob os seguintes fundamentos:

"Em que pese as argumentações da defesa, entendo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente ordem não merece prosperar.

Conforme documentos acostados aos autos, a partir de investigações policiais, diversos acusados foram presos em flagrante delito no dia 04 de junho de 2009 e denunciados em 08 de julho do mesmo ano pela suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, culminando na ação Penal nº 0010.09.215393-0.

Em 27 de novembro do mesmo ano, além do paciente Bemardo, foram denunciados outros 04 (quatro) acusados pelos mesmos fatos, resultando na ação penal 0010.09.221469-0.

Segundo a denúncia (fls. 07/12), o réu Bernardo Carvalho Moreira fornecia drogas para Hayner Franco Marques Abel, denunciado nos autos de nº 0010.09.215393-0, e demais participantes da organização.

Ainda segundo a denúncia, as provas colhidas no inquérito policial e seus apensos indicam que os denunciados estavam associados para o tráfico de drogas, juntamente com os denunciados nos autos de nº 0 010.09.215393-0, principalmente no dia da apreensão da droga que deu origem ao processo, pois em dias anteriores os denunciados sempre mantinham contato para o abastecimento de drogas entre si.

Verifica-se, portanto, que a ação envolvendo o ora paciente foi instaurada para incluir e apreciar a participação de outras pessoas na prática dos delitos apurados na primeira ação.

O paciente foi acusado de integrar uma quadrilha com vistas à prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que os delitos somente foram descobertos a partir de escutas telefônicas previamente autorizadas.

Em que pese a defesa alegue que a única droga apreendida resultou negativa para cocaína quando submetida a exame pericial, consta dos autos que quando da prisão em flagrante dos denunciados na primeira ação penal, foram apreendidas 04 (quatro) trouxinhas, que, após submetidas a exame, restaram positivas para a substância cocaína (fls. 28/29) Embora sejam ações diferentes, a materialidade comprovada na primeira ação penal está relacionada com as circunstâncias fáticas constantes do processo a que responde o réu Bernardo." (e-STJ fls. 36/37).

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0162192-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.978 / RR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100005958

10092214690

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PEDRO XAVIER COELHO SOBRINHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA
PACIENTE	: BERNARDO CARVALHO MOREIRA
CORRÉU	: JORGE ZACHARIAS CARDOSO DE ARAÚJO
CORRÉU	: FLÁVIO MACHADO CASTELLAR FILHO
CORRÉU	: ANA LÚCIA MARQUES CAVALCANTE
CORRÉU	: JAIRO CALDEIRA LIMA

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.