



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 124.938 - BA (2008/0285564-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : FRANCISCO VINÍCIUS DE ALMEIDA RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JORGE SANTANA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E VENDA OU FORNECIMENTO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS A CRIANÇAS OU ADOLESCENTES (ARTIGOS 33 DA LEI 11.343/2006, E 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). AUSÊNCIA DE LAUDO QUE COMPROVE A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, OU A IDENTIFICAÇÃO DO PRODUTO QUE CONTENHA COMPONENTE CAPAZ DE CAUSAR DEPENDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DOS DELITOS.

1. Conquanto existam precedentes que, na hipótese de inexistência de apreensão da droga ou dos produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, dispensam laudo para comprovar a materialidade, respectivamente, dos delitos de tráfico de entorpecentes (artigo 33 da Lei 11.343/2006) e venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para crianças ou adolescentes (artigo 243 da Lei 8.069/1990), a melhor compreensão é a que defende a indispensabilidade da perícia nos crimes em questão.

2. A constatação da aptidão da substância ou elemento contidos no produto para produzir dependência, ou seja, para viciar alguém, só é possível mediante perícia, já que tal verificação depende de conhecimentos técnicos específicos. Doutrina.

3. O artigo 50, § 1º, da Lei 11.343/2006 não 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. Precedentes.

OFERTA DE BEBIDA ALCOÓLICA, MACONHA E COCAÍNA A ADOLESCENTES. ALEGAÇÃO DE DUPLA INCRIMINAÇÃO. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DISPOSTOS NOS ARTIGOS 33 DA LEI 11.343/2006, E 243 DA LEI 8.069/1990. SUBSIDIARIEDADE DO ARTIGO 243 DO ECA.

1. O delito de venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para crianças ou adolescentes é subsidiário, consoante previsão do próprio tipo penal, no qual consta que a pena para o ilícito é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de detenção, se o fato não constituir crime mais grave.

2. Tendo sido o paciente acusado de oferecer drogas como cocaína e maconha para as adolescentes, não há que se falar em infração penal do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim no crime de tráfico de drogas constante da Lei 11.343/2006, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive institui, no artigo 40, inciso VI, uma causa de aumento de pena quando a prática da infração envolver ou visar criança ou adolescente.

OFERTA DE BEBIDA ALCOÓLICA A ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 63 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS.

1. A conduta de oferecer bebidas alcoólicas a adolescentes, não contemplada no artigo 33 da Lei de Drogas, também não está abrangida no tipo do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto *"a distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias 'bebida alcoólica' e 'produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica' exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei 8.069/1990; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem."* (REsp 942288/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 31/03/2008).

2. Além de não se enquadrar no tipo do artigo 243 da Lei 8.069/1990, a conduta imputada ao paciente tampouco pode ser abarcada pelo artigo 63 da Lei de Contravenções Penais, no qual se prevê o ilícito consistente no ato de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos.

3. Isso porque, no caso dos autos, a denúncia narra que o paciente teria somente oferecido bebidas alcoólicas as menores, e não as servido.

4. Ausente a similitude entre os verbetes "oferecer" e "servir", impõe-se reconhecer que, *in casu*, a conduta de ofertar bebida alcoólica a adolescentes, descrita na inicial acusatória, é atípica.

SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE À EXPLORAÇÃO SEXUAL OU À PROSTITUIÇÃO (ARTIGO 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). ALEGADA INÉPCIA DA PEÇA VESTIBULAR. INCRIMINAÇÃO DE SIMPLES INTENÇÃO OU VONTADE NÃO EXTERIORIZADA PELO PACIENTE. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DO WRIT QUANTO AO PONTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. De acordo com a inicial acusatória, o paciente, juntamente com seu sobrinho, correu na ação penal, teria dito para as adolescentes que elas deveriam manter relações sexuais com um suposto cliente que chegaria de Salvador, em troca de R\$ 50,00 (cinquenta reais), além de se oferecerem aos clientes que porventura chegassem ao bar.

2. A simples afirmação do órgão ministerial de que, com este proceder, o paciente pretendia submetê-las à prostituição, não pode ser entendida, como pretende o impetrante, como a se incriminar um simples pensamento ou uma mera vontade não externada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ao contrário, percebe-se que o órgão ministerial descreveu suficientemente a suposta prática delituosa, permitindo a ampla defesa por parte do paciente e de seu sobrinho, correu no processo criminal em comento.

5. O trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame, no que se refere especificamente ao delito disposto no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. Ordem parcialmente concedida, apenas para trancar a ação penal no que diz respeito aos crimes previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006, e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 124.938 - BA (2008/0285564-3)

IMPETRANTE : FRANCISCO VINÍCIUS DE ALMEIDA RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JORGE SANTANA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado por Francisco Vinícius de Almeida Ribeiro em favor de JORGE SANTANA DOS SANTOS, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou a ordem nos autos do HC n. 59859-6/2008.

Noticia-se que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006, e 243 e 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma-se que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto ausente a justa causa para a deflagração, recebimento e processamento da ação penal contra ele instaurada.

Sustenta-se, quanto aos artigos 33 da Lei 11.343/2006 e 243 da Lei 8.069/1990, que inexistiria comprovação da materialidade das infrações penais, uma vez que não haveria laudo pericial comprovando a identificação da substância tóxica, nem a sua eventual capacidade entorpecente.

Aduz-se que o laudo toxicológico seria indispensável nos delitos que deixam vestígios, não podendo ser suprido por nenhum outro elemento de prova.

Assevera-se, outrossim, que o Ministério Público teria incorrido em *bis in idem*, já que o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente seria subsidiário em relação ao artigo 33 da Lei de Drogas, motivo pelo qual o paciente não poderia ter sido denunciado por ambas as infrações penais.

Argumenta-se, ainda, que a peça vestibular seria inepta com relação à imputação da prática do crime do artigo 244-A da Lei 8.069/1990, já que não haveria coadunação entre a conduta atribuída ao paciente, e o núcleo do tipo penal referido.

No ponto, assere-se que o órgão ministerial teria descrito na denúncia que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o paciente pretendia submeter menores de idade à prostituição, e que o simples fato de ter tal intenção não configuraria o crime, pois não se poderia punir fato que estaria restrito à sua esfera anímica e íntima, além do que o delito pressuporia a efetiva submissão das meninas à prostituição, o que não teria restado provado no caso.

Durante o recesso forense, a liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Presidente Cesar Asfor Rocha, nos termos da decisão de fl. 196.

Prestadas as informações (fls. 201/215 e 221/243), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 217/219, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 124.938 - BA (2008/0285564-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

Consta dos autos que o paciente restou denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006, e 243 e 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Extraem-se, por relevantes, os seguintes trechos da peça acusatória:

"I. Consta do inquérito policial que no dia 27 de julho de 2008, por volta das 15:30 h, as adolescentes Rosangela Santos Leal e Tatiane de Jesus Santos, com 17 e 15 anos respectivamente, a convite do denunciado Jorge Santana dos Santos, saíram da sede deste município e foram até o bar 'Pedra do Cavalo', na localidade de Gentil, de propriedade do denunciado Jorge.

II. Quando lá chegaram, o denunciado, em companhia do segundo denunciado Edmar, falou para as adolescentes que chegaria um amigo e cliente do mesmo de Salvador, que daria uma 'oncinha' (R\$ 50,00) para as mesmas, e estas teriam que aceitar manter relações sexuais com o referido cliente. Ademais, acrescentaram os denunciados, que deveriam se 'oferecer' a todo cliente que chegasse no bar, numa nítida demonstração de que pretendia submetê-las a prostituição, o que não foi aceito pelas adolescentes.

III. Outrossim, o denunciado Jorge também ofereceu drogas como bebida alcoólica, cocaína e maconha para as adolescentes, que também não aceitaram." (fls. 34/35).

No que diz respeito à falta de justa causa para a instauração da ação penal, em razão da alegada inexistência de prova da materialidade dos crimes de tráfico de entorpecentes e de venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para criança ou adolescente, tem-se que assiste razão ao impetrante.

Inicialmente, cumpre destacar que há alguns julgados desta colenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 apanhada, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

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)

Não se desconhece, também, a existência de decisão desta egrégia Quinta Turma, que considerou válida a prova testemunhal para comprovar a materialidade do crime previsto no artigo 243 da Lei 8.069/1990.

Veja-se:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELOS CRIMES DE FORNECIMENTO, A MENOR, DE PRODUTO QUE LHE POSSA CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, TENTATIVA DE PROSTITUIÇÃO INFANTIL OU EXPLORAÇÃO SEXUAL E TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO MENOR (ARTS. 243 E 244-A DO ECA, ESTE ÚLTIMO C/C ART. 14, II DO CPB, E ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/06, TUDO NA FORMA DO ART. 69 DO CPB). (...) DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS NARRANDO DETALHADAMENTE AS CONDUTAS PRATICADAS PELO PACIENTE, SUFICIENTES, AO MENOS, PARA AUTORIZAR O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA QUANTO AO CRIME DE FORNECIMENTO DE DROGAS A MENOR. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS SUSTENTAM O FORNECIMENTO DE MACONHA E AGUARDENTE A UM DOS ADOLESCENTES ENVOLVIDOS. (...) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL, MAS SÓ EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

3. Quanto à inépcia da denúncia relativamente ao delito previsto no art. 243 do ECA, ainda que a peça acusatória se mostre genérica quanto às espécies de substâncias ofertadas aos adolescentes, os depoimentos testemunhais - que informam que o paciente teria ofertado cigarro de maconha e cachaça para um dos menores envolvidos - mostram-se suficientes para a conclusão de que indícios há, suficientes, de autoria, para o prosseguimento da ação penal.

(...)

8. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para trancar a ação penal relativamente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

(HC 92.733/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 05/10/2009)

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

O artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se assim redigido:

"Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave."

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que os bens jurídicos tutelados são a saúde e a incolumidade física ou psíquica da criança e do adolescente.

O tipo penal exige, para sua caracterização, que os produtos vendidos, fornecidos, ministrados ou entregues à criança ou adolescente possuam componentes que sejam capazes de causar dependência física ou psíquica.

Ora, a constatação da aptidão da substância ou elemento contidos no produto 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 do componente contido no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produto vendido, fornecido, ministrado ou entregue ao menor, constitui elementar do tipo penal em questão, e, uma vez não atestada de forma incontestada, enseja a atipicidade da conduta.

Em não havendo a apreensão e perícia dos produtos que supostamente conteriam substâncias capazes de causar dependência física, como seria possível aferir, com segurança, que eles possuíam 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 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 venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para criança ou adolescente, assim se pronuncia a doutrina:

"O conceito de produto, obviamente, não tem a extensão da prevista na lei do consumidor, que diz ser qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90). Na espécie, produto é tudo aquilo que é produzido pela indústria farmacêutica ou por artesanato, de cunho medicinal ou não. Tanto pode ser um medicamento, como a popular cola de sapateiro. Os componentes são todas aquelas substâncias que compõem, que formam, que integram o produto, e que podem causar dependência, ou seja, tornar a pessoa viciada, dependente do produto final. Afinal, quais são os produtos que podem causar dependência física ou psíquica? Como a lei não forneceu qualquer rol, parece-nos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estamos diante de uma norma penal, em branco. Chamam-se normas penais em branco aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura.

No caso, o art. 36, caput, da Lei nº 6.368/76 (Lei Antitóxicos), parece colocar uma pá de cal no assunto, porque assim dispôs:

'Art. 36. Para fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.'

Destarte, para condições similares, aplicamos a mesma razão, ou seja, os produtos que causam dependência a crianças ou adolescentes (que são os mesmos aos adultos, basicamente) devem ser especificados em lei ou relacionados pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, sob pena de, pelas mesmas razões, ter-se incriminações distintas, o que fere o princípio da igualdade.

Esta prova, obviamente, incumbe ao agente ministerial, que não poderá olvidar, ainda, de juntar ao processo o auto de constatação da substância, como capaz de causar a dependência física ou psíquica (prova pericial)." (FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Crimes contra a criança e o adolescente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 133/134).

Por sua vez, no que diz respeito ao delito de tráfico de entorpecentes, ainda na vigência da Lei 6.368/1976, já se exigia o laudo de constatação para a prisão em flagrante.

É o que consta do artigo 22 do referido diploma legal:

"Art. 22. Recebidos os autos em Juízo será vista ao Ministério Público para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer denúncia, arrolar testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia, no que tange à materialidade do delito, bastará laudo de constatação da natureza da substância firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea escolhida de preferência entre as que tiverem habilitação técnica.

§ 2º Quando o laudo a que se refere o parágrafo anterior for subscrito por perito oficial, não ficará este impedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

participar da elaboração do laudo definitivo."

Tal dispositivo da revogada Lei Antitóxicos foi repetido pela Lei 11.343/2006, cujo artigo 50, § 1º, estabelece que:

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Lauda 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. 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 –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE ABSOLUTA. JUNTADA AOS AUTOS.

1. A juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo é indispensável para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas. Ao se constatar a ausência do laudo definitivo, o feito deve ser anulado para que ocorra a juntada do exame pericial e a devida intimação das partes.

2. Recurso provido.

(REsp 749.597/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 08/09/2008)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Pode ser citado, ainda, o HC 153088/SP, de minha relatoria, recentemente julgado por esta colenda Turma:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REPRESENTAÇÃO REJEITADA. AUSÊNCIA DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO PRELIMINAR. APELAÇÃO PROVIDA PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MATERIALIDADE DO ATO INFRACIONAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, afirmar a desnecessidade do laudo de constatação preliminar quando do oferecimento da representação contra o menor implicaria admitir a sujeição do adolescente a procedimento voltado à apuração da prática de ato infracional sem que seja demonstrada, ao menos em juízo inicial, a materialidade da conduta, o que, a teor do art. 50, § 1º da Lei n. 11.343/2006, não se permite sequer em relação à lavratura do auto de prisão em flagrante e o recebimento da denúncia nos crimes praticados por adultos, visto que o referido atestado configura condição de procedibilidade para apuração do ilícito de tráfico de entorpecente.

2. Ordem concedida para reformar o aresto impetrado e restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a representação.

(HC 153.088/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 24/05/2010)

No que tange ao argumento constante do *writ*, no sentido de que o Ministério Público teria incorrido em *bis in idem* ao denunciar o paciente por duas infrações penais decorrentes do mesmo fato, mais uma vez mostra-se correta a impetração.

Segundo a peça vestibular, o paciente teria incorrido nas sanções dos artigos 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 33 da Lei 11.343/2006, porque teria oferecido para adolescentes "*drogas como bebida alcoólica, cocaína e maconha*" (fl. 35).

Contudo, é cediço que o delito de venda ou fornecimento de substâncias tóxicas para crianças dou adolescentes é subsidiário, consoante previsão do próprio tipo penal, no qual consta que a pena para o ilícito é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detenção, se o fato não constituir crime mais grave.

Tendo sido o paciente acusado de oferecer drogas como cocaína e maconha para as adolescentes, não há que se falar em crime do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim no delito de tráfico de drogas constante da Lei 11.343/2006, que inclusive institui, no artigo 40, inciso VI, uma causa de aumento de pena quando a prática da infração envolver ou visar criança ou adolescente.

Acerca do assunto, é unânime a doutrina especializada no tema:

"A venda, o fornecimento, o ato de ministrar e a entrega a criança ou adolescente de produtos que possam causar dependência física ou psíquica faz nascer o delito do art. 243 da Lei 8.069/90. Porém, tais produtos não podem dizer respeito a drogas proscritas no Brasil. Se assim for, aplica-se o disposto na Lei 11.343/2006, em razão de sua especialidade, associada à causa de aumento do art. 40, inciso V. A infração penal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, de caráter nitidamente subsidiário (se o fato não constituir crime mais grave), deve ser usada, por exemplo, para quem fornece ao menor bebida alcoólica, cigarro ou outro tipo de produto fora do contexto das drogas ilícitas." (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 376).

"No preceito secundário do crime, que prevê pena de detenção de dois a quatro anos está expressa a cláusula de subsidiariedade, enunciando o afastamento deste delito acaso se configure norma mais grave, chamada de delito principal, o que ocorrerá caso o fato se subsuma à norma do artigo 33 da Lei 11.343/06, caracterizando o o tráfico de entorpecentes, o que ocorrerá caso se prove que o sujeito está envolvido, de alguma forma, naquele nefasto comércio. Ademais, aqui o crime existe até mesmo quanto a produtos de circulação lícita, o que incorre na Lei de Entorpecentes, posto que a ressalva do artigo 2º do novo diploma legal sobre o assunto não apenas autoriza seu excepcional uso para fins medicinais ou farmacêuticos e não sua livre comercialização." (CONDACK, Cláudia Canto. in Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 889).

Resta saber, então, se a conduta de oferecer bebidas alcoólicas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adolescentes, não contemplada no artigo 33 da Lei de Drogas, estaria abrangida no tipo do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em que pese haver alguma divergência doutrinária sobre a questão, a jurisprudência desta Casa encontra-se pacificada já há algum tempo no sentido de que *"a distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias 'bebida alcoólica' e 'produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica' exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei 8.069/1990; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem."* (REsp 942288/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 31/03/2008).

Com igual orientação:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. OFENSA AO ART. 243 C/C ART. 81 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ART. 243 DO ECA. EXCLUSÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS.

"Não esbarra no óbice da Súmula 07/ STJ a pretensão recursal que visa o reconhecimento de que o art. 243 do ECA proíbe, de forma genérica, a venda de bebidas alcóolicas a crianças e adolescentes.

A exegese do aludido dispositivo revela que, ao estabelecer as condutas delituosas em espécie, o legislador excluiu, deliberadamente, a venda de bebidas alcóolicas." Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 331794/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 24/03/2003 p. 262)

Todavia, muito embora a conduta não se enquadre no tipo do artigo 243 da Lei 8.069/1990, deve-se examinar se poderia ser abarcada pelo artigo 63 da Lei de Contravenções Penais, no qual se prevê o ilícito consistente no ato de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos.

No caso dos autos, a denúncia narra que o paciente teria somente oferecido bebidas alcoólicas as menores, e não as servido.

Assim, na hipótese mostra-se inviável manter a acusação contra o paciente no ponto, já que a conduta narrada na denúncia, a oferta de bebida alcoólica a adolescentes, não pode ser confundida com o ato de servir a referida substância a menor de 18 anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo o Dicionário Aurélio, o verbo "servir", na acepção utilizada pelo dispositivo legal da Lei de Contravenções, significa "pôr na mesa ou oferecer individualmente comida e/ou bebida".

De outra banda, e ainda de acordo com o Dicionário Aurélio, a conduta oferecer pode ser compreendida como "apresentar ou propor para que seja aceito" ou "dar como oferta, mimo ou presente".

Percebe-se, então, a ausência de similitude entre os verbetes, pelo que se impõe reconhecer que, *in casu*, a conduta descrita na denúncia não corresponde ao crime previsto no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem à infração penal disposta no artigo 63 da Lei de Contravenções Penais.

Por fim, quanto à alegação de inépcia da denúncia no tocante ao delito de submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual, a impetração não merece acolhida.

De acordo com a inicial acusatória, o paciente, juntamente com seu sobrinho, corréu na ação penal, teria dito para as adolescentes que elas deveriam manter relações sexuais com um suposto cliente que chegaria de Salvador, em troca de R\$ 50,00 (cinquenta reais), além de se oferecerem a aos clientes que porventura chegassem ao bar.

A simples afirmação do órgão ministerial de que, com este proceder, o paciente pretendia submetê-las à prostituição, não pode ser entendida, como pretende o impetrante, como a se incriminar um simples pensamento ou uma mera vontade não externada.

Ao contrário, percebe-se que o órgão ministerial descreveu suficientemente a suposta prática delituosa, permitindo a ampla defesa por parte do paciente e de seu sobrinho, corréu no processo criminal em comento.

Na verdade, ao se referir à indigitada "pretensão" do paciente, o *Parquet* aspirou realçar que a exploração sexual das menores não teria se consumado por circunstâncias alheias à vontade do acusado, já que as adolescentes teriam se recusado a manter relações sexuais com o referido cliente.

Acerca do ilícito em tela, colhe-se o seguinte entendimento doutrinário:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Trata-se de crime de ação única, consistente no verbo 'submeter', ou seja, sujeitar a vítima, criança ou adolescente de qualquer sexo, à prostituição ou exploração sexual. Por exploração sexual entenda-se o gênero, designando toda forma de comércio do próprio corpo, com satisfação do desejo lúbrico de terceiro, incluindo sua mera exibição, sendo a prostituição uma de suas espécies, esta referindo-se ao comércio carnal, com indeterminação de parceiros e habitualidade na promiscuidade. Com tais práticas, atinge-se a moralidade sexual e formação da personalidade dos menores, indo até o seu direito constitucional à liberdade, respeito e dignidade." (CONDACK, Cláudia Canto. in Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 891).

E Guilherme de Souza Nucci o classifica nos seguintes termos:

"É crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa); formal (não depende da ocorrência de resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a formação moral do menor); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo indica ação); instantâneo (a consumação ocorre em momento definido), porém, quando se tratar de prostituição, é o que denominados de crime instantâneo de continuidade habitual (ver a nota 5 ao Título II da Parte Geral do nosso Código Penal comentado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubistente (cometido por mais de um ato); admite tentativa." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 276).

Portanto, da forma como proposta a denúncia quanto ao ponto, não é possível vislumbrar qualquer ilegalidade que pudesse evidenciar a atipicidade da conduta atribuída ao paciente e, conseqüentemente, ensejar o trancamento da ação penal.

Note-se que o trancamento de processo criminal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame, no que se refere especificamente ao delito disposto no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, para trancar a ação penal apenas no que diz respeito aos crimes previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006, e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0285564-3

HC 124.938 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 21793354 598596

EM MESA

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO VINÍCIUS DE ALMEIDA RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : JORGE SANTANA DOS SANTOS

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário