



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **GEILSON BARROS DE LIMA**
ADVOGADO : **THIAGO HYGINO KNOPP E OUTRO(S) - RJ165680**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. CASO DOS AUTOS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016.

2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo.

3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados “narcotestes” e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercializados.

4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação.

5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito.

6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado ficou provada, negar provimento a seu recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (com ressalva de entendimento), acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso de embargos de divergência, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro no mesmo sentido, por unanimidade, dar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura (com ressalva de entendimento), Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **GEILSON BARROS DE LIMA**
ADVOGADO : **THIAGO HYGINO KNOPP E OUTRO(S) - RJ165680**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal em face de acórdão da Sexta Turma desta Corte, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no REsp n. 1.544.057/RJ, de Relatoria da Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que a ausência do laudo toxicológico definitivo não pode ser suprida pela juntada do laudo provisório, impondo-se a absolvição do réu da imputação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por ausência de comprovação da materialidade delitiva.

2. Agravo regimental improvido.

Sustenta o embargante, em síntese, que o entendimento da Sexta Turma diverge do da Quinta Turma desta Corte no tocante a ser o laudo toxicológico definitivo imprescindível para a comprovação da materialidade do tráfico de drogas.

Segundo o embargante, a Quinta Turma entende que o laudo toxicológico não pode ser o único meio de prova da materialidade delitiva, salientando que a existência de outros elementos pode vir a ser suficiente para demonstrar a prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Aponta como precedentes o REsp n. 1.009.380/MS, de Relatoria do Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, o HC n. 312.888/AL, de Rel. do Min. FELIX FISCHER e o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 35.540/PA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Referidos julgados receberam as seguintes ementas:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, LAVAGEM DE DINHEIRO E SONEGAÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PELO CRIME DE SONEGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DELITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 12, § 2º, DA LEI 6.368/76. PREJUDICADA APRECIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. (...).

2. (...)

3. *Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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. *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.*

5. (...).

6. (...).

7. *Recurso especial conhecido e improvido.* (REsp 1.009.380/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 15/06/2009) – negritei.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DO EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A EMBASAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I – (...).

II – (...).

III - A jurisprudência desta Corte entende possível a comprovação da materialidade do ato infracional, equiparado a tráfico de drogas, por outros meios de prova, não sendo imprescindível a realização de exame toxicológico definitivo (precedentes).

IV - In casu, verifica-se que o MM. Juiz de primeiro grau, adstrito às provas dos autos (laudo preliminar de constatação da droga, testemunhas e declarações dos próprios pacientes) afastou qualquer dúvida quanto à materialidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, aplicando aos adolescentes as medidas socioeducativas de internação e semiliberdade.

Habeas Corpus *não conhecido*. (HC 312.888/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 25/08/2015) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 2. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO INFRACIONAL. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a comprovação do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas depende da realização do exame toxicológico definitivo, as peculiaridades do caso concreto não podem ser simplesmente desconsideradas. Na espécie, o laudo de constatação foi concludente a respeito da materialidade do ato, com fundamentação e descrição científica das substâncias apreendidas, sendo desarrazoado declarar a nulidade da sentença, desqualificando exames técnicos regularmente produzidos e os demais elementos de prova coletados, porquanto efetivamente cumpridos os objetivos da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. (...).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 35.540/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 26/02/2014) – negritei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, assim, pelo provimento dos presentes embargos de divergência, para que se declare ser dispensável o laudo toxicológico definitivo, em virtude de a materialidade do delito, no caso concreto, estar comprovada por outros meios de prova.

Consta dos autos que o réu era primário e teria sido flagrado com 131g (cento e trinta e um gramas) de cocaína, que afirmou, em seu interrogatório, destinar-se a seu uso próprio e de alguns amigos (não identificados) que teriam encomendado a droga.

A sentença (e-STJ fls. 159/163), proferida em audiência em 10/04/2014, entendeu que a materialidade do crime fora comprovada pelo laudo prévio, pelo auto de apreensão, pelos relatos colhidos na audiência de instrução e julgamento, bem como pela confissão do réu. Diante das provas de autoria e materialidade, condenou o acusado como incurso nas penas do art. 33, *caput* e § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias multas, e a substituiu por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana), pena que não foi modificada em grau de apelação (e-STJ fls. 237/242).

Em impugnação aos embargos de divergência (e-STJ fls. 426/431), GEILSON BARROS DE LIMA, beneficiário do acórdão embargado, faz menção a uma terceira tese, da Quinta Turma desta Corte, no sentido de que a sentença penal condenatória proferida sem a juntada do laudo pericial definitivo seria viciada por nulidade absoluta (HC 196.625/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, HC 139.231/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ).

Defende, no entanto, a prevalência do entendimento do acórdão embargado, ao argumento de que “o microsistema da Lei nº 11.343/06, em seu Artigo 50, §§1º e 2º, impõe a confecção de laudos periciais distintos para fins de demonstração da materialidade da conduta tipificada no Artigo 33, *caput*: o laudo pericial necessário à formalização da lavratura do auto de prisão em flagrante e o laudo pericial que tem como fim precípua demonstrar, de maneira definitiva, a materialidade da conduta” (e-STJ fl. 429).

Observa que, “No presente caso, houve a apreensão da substância tachada de ilícita, sendo confeccionado laudo pericial para fins de formalização do auto de prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante, de modo que incontroversa a possibilidade de elaboração do denominado 'laudo definitivo', não havendo que se cogitar, *data venia*, da incidência da regra prevista no Artigo 167 do CPP” (e-STJ fl. 429)

Por fim, “Em homenagem ao princípio da eventualidade, na hipótese desta Terceira Seção entender que a ausência do 'laudo definitivo' não permite afastar a materialidade da conduta tipificada no Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, quando possível afirmar a sua existência por outros meios de prova, requer seja negado provimento aos Embargos de Divergência, preponderando a orientação da Quinta Turma desta Corte Superior, no sentido de ser preme de nulidade absoluta a sentença penal condenatória quando proferida sem a imprescindível juntada aos autos do processo do laudo pericial que tem como fim precípua demonstrar, de maneira definitiva, a materialidade da conduta tipificada no Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06” (e-STJ fl. 431).

Instado a se manifestar na qualidade de *custos legis*, o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte opinou (e-STJ fls. 437/444) pelo acolhimento dos embargos de divergência, com prevalência do entendimento de que, na ausência de laudo toxicológico definitivo, a materialidade do delito pode ser demonstrada por outros elementos de prova existentes nos autos.

Sua argumentação se sustenta em dois pilares, em síntese:

I. É certo que o laudo toxicológico definitivo, em caso de tráfico de drogas, constitui peça de elevada importância no conjunto probatório. Mas sua eventual ausência, por mais censurável que seja, não pode induzir ao ato de ignorar absolutamente todo o restante do material probante juntado aos autos.

Aliás, é de se recordar que a legislação expressamente não alçou a termos absolutos a imprescindibilidade de que haja a realização da prova pericial em crimes que deixam vestígios. É o que deflui do art. 167 do Código de Processo Penal: 'Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta'.

[...]

II. Ainda que se tome por imprescindível a juntada do laudo toxicológico definitivo nestes autos, tal conclusão não pode acarretar a absolvição pura e simples do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O reconhecimento da indispensabilidade da referida prova técnica somente poderia ocasionar, em última análise, a nulificação dos atos processuais produzidos após a caracterização do vício. (e-STJ fl. 438/441).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7) VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Questiona-se, nos autos, se a realização de exame toxicológico definitivo é imprescindível para a verificação da materialidade do delito nos crimes de tráfico de entorpecentes em que ocorre a apreensão da droga .

Como bem observou o parecer ministerial, a resposta a esta pergunta leva ainda a um segundo questionamento: a ausência de laudo toxicológico definitivo configura ausência de prova da materialidade do delito, que leva obrigatoriamente à absolvição do réu, ou configura mera nulidade atribuível à sentença proferida sem a sua juntada?

Sobre o tema, os arts. 50 e 50-A da Lei 11.343/2006 preveem:

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.

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 4º A destruição das drogas será executada pelo delegado de polícia competente no prazo de 15 (quinze) dias na presença do Ministério Público e da autoridade sanitária. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

§ 5º O local será vistoriado antes e depois de efetivada a destruição das drogas referida no § 3º, sendo lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia, certificando-se neste a destruição total delas. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014)

Art. 50-A. A destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do **laudo definitivo**, aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50. (Incluído pela Lei nº 12.961, de 2014) (negritei)*

Vê-se, de antemão, duas diferenças entre o laudo provisório (de constatação da natureza e quantidade da droga) e o laudo definitivo: (1) enquanto o primeiro pode ser efetuado por pessoa idônea, o segundo somente pode ser assinado por perito oficial; e (2) o laudo preliminar somente se presta a caracterizar a materialidade do delito necessária para a prisão em flagrante (art. 50, § 1º, da Lei 11.343/2006), do que se deduz que o laudo definitivo conteria os fundamentos necessários e suficientes à demonstração da materialidade do delito para um juízo definitivo típico da sentença.

Além disso, há que se lembrar que os testes preliminares valem-se, usualmente, de um exame visual, olfativo e tátil que compara o material apreendido com drogas que geralmente são bastante conhecidas (ex.: maconha, cocaína, LSD etc.), exame esse que pode ser feito por qualquer leigo que já tenha tido contato anterior com o entorpecente, além de testes químicos pré-fabricados também conhecidos como “narcotestes” que nada mais são do que reagentes (disponíveis em kits preparados por laboratórios especializados ou em *spray*), capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados.

Por outro lado, os exames definitivos são realizados em laboratórios e por profissionais habilitados (peritos químicos, farmacêuticos etc.), tendo à sua disposição equipamentos, reagentes e meios bem mais especializados que possibilitam inclusive identificar novos tipos de entorpecentes introduzidos no mercado ou entorpecentes com fórmula mais complexa do que as até então conhecidas.

Nesse sentido, é possível afirmar que, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização do exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo.

Com isso em mente, em mais de uma ocasião já tive oportunidade de me manifestar no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais.

Nesse sentido, o HC 335.285/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, em que acompanhei o relator quando afirmava:

O Superior Tribunal firmou entendimento de que a atribuição de falta grave ao apenado pela posse de drogas para consumo próprio, conforme previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, demanda a elaboração do laudo toxicológico definitivo da natureza e da quantidade do entorpecente, sem o qual não há falar em materialidade delitiva. Precedentes.

Na mesma linha, o HC 353.303/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016.

Isso não obstante, vinha entendendo, também, como os demais membros da Quinta Turma desta Corte, ser perfeitamente possível que, **como exceção**, a prova da materialidade dos delitos de entorpecentes se fizesse por meio do **auto de constatação provisório da droga**, desde que **acompanhado por outras provas robustas, dentre elas a prova testemunhal**.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente em que examinava situação similar referente a ato infracional equiparado a tráfico ilícito de entorpecentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DO EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ALEGADA NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A COMPROVAREM A MATERIALIDADE DO ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte entende que, consideradas as peculiaridades do caso, referente a ato infracional análogo ao tráfico de drogas, a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo não é imprescindível, se a comprovação da materialidade do ato infracional ocorrer por outros meios de prova.

3. Na hipótese, além da defesa ter dispensado a juntada aos autos do laudo definitivo, a materialidade do delito de tráfico de drogas foi comprovada por outros meios, tais como o auto de apreensão lavrado pela autoridade policial que presidia a formalização do flagrante, o auto de exibição e apreensão, o auto de constatação provisório de droga e pela prova testemunhal. Diante de casos como este, deve-se afastar a declaração de nulidade processual por mero rigor formal, tendo em vista a aplicação, aos procedimentos para apuração de atos infracionais, do princípio da instrumentalidade de formas.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 339.736/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016) – negritei.

Recentemente, na sessão de 24/08/2016, a questão foi levada a debate na Terceira Seção desta Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 350.996/RJ, de Relatoria do Min. NEFI CORDEIRO, ocasião em que seus componentes reconheceram, à unanimidade, que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes, sem o qual é forçosa a absolvição do acusado, admitindo-se, no entanto, em situações excepcionais, que a materialidade do crime de drogas seja feita por laudo de constatação provisório, desde que ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo e tenha sido elaborado por perito oficial. Confira-se a ementa do acórdão em questão:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Precedentes.

3. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.

4. A prova testemunhal não tem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente tem relevância no que diz respeito à autoria e não à materialidade do delito, daí a imprescindibilidade.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a ele imputados na Ação Penal n. 0005247-21.2014.8.19.0016.

Na ocasião, o Relator obtemperou, sobre o laudo toxicológico definitivo:

É hipótese de prova legal, imprescindível à admissão da materialidade do crime de drogas.

Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e conclusões equivalentes. Esta não é a situação apontada nestes autos.

Ressalte-se, ademais, que a prova testemunhal e mesmo a confissão não possuem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente indicam a autoria do crime e não sua materialidade - bem podendo o agente, inclusive, ter sido enganado quanto à qualidade de droga do material que possuía.

(negritei)

Depreende-se, portanto, do raciocínio desenvolvido pelo Relator, que, nem mesmo em situação excepcional, a prova testemunhal e a confissão devem ser reputadas como provas aptas a suprir a ausência do laudo toxicológico, seja ele definitivo, seja ele provisório/preliminar assinado por perito e com o mesmo grau de certeza presente em laudo definitivo. Isso porque tais provas são vocacionadas à demonstração da autoria do delito, e não da sua materialidade.

Com efeito, não é desarrazoado pensar que um renomado traficante venda a usuário ou transporte algo como sendo droga, sem que o produto seja realmente um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecente. Em tal quadro, tanto o traficante, quanto o usuário e eventuais testemunhas atestariam ter visto ou estado em contato com entorpecente, no momento do flagrante, movidos por uma falsa convicção. Isso leva a crer que, diante de material apreendido como se fosse entorpecente, a prova de sua materialidade depende, efetivamente, de algum tipo de exame de corpo de delito efetuado por perito que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como entorpecente.

Isso não obstante, continuo convicto de que, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito.

Ora, no caso concreto, vê-se que foi elaborado exame prévio de material entorpecente (e-STJ fl. 6) por perita criminal que atestou corresponder o material colhido a 131g de cocaína em pó.

Além disso, a condenação imposta ao réu escorou-se, também, na sua própria confissão em juízo, como se lê no seguinte trecho da sentença (e-STJ fls. 159/163):

Feito examinado e relatado. Fundamentos da decisão.

Materialidade e autoria comprovadas pelo laudo prévio de fls. 02D, pelo auto de apreensão de fls. 03, bem como pelos relatos hoje colhidos, inclusive confissão do demandado. O laudo prévio acostado aos autos atesta a natureza entorpecente do material apreendido em poder do acusado - 131g de cocaína em pó, acondicionada num único saco plástico fechado por nó. Trata-se de questão incontroversa. O próprio réu admite que estava em poder da droga, embora conteste a quantidade informada. Não há qualquer elemento idôneo de prova a colocar sob suspeita a conduta dos policiais, de modo que a quantidade apreendida foi totalmente apresentada em sede policial. O demandado, em seu interrogatório, reconhece que o envolvido Luciano (motorista do carro onde se encontrava o réu) nada sabia sobre o fato de que o demandado estaria transportando drogas. O entorpecente apreendido em poder do réu se destinava ao uso compartilhado, tendo sido encomendado por amigos (não identificados) que aguardavam o retorno do réu em um bar para consumir a cocaína. O acusado estava, nesse contexto, intermediando aquisição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

material entorpecente para terceiros - atividade de mercancia, tráfico de drogas ilícitas. Diante desse contexto, não há como acolher a tese absolutória sustentada pela defesa, uma vez que a cocaína apreendida não se destinava exclusivamente ao consumo do réu (questão admitida pelo próprio demandado).

Levando em conta os elementos hoje colecionados sob o crivo do contraditório, reputo comprovada a materialidade do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n° 11.343/06. A autoria, inconteste, também restou sobejamente comprovada, posto que a confissão do réu está corroborada pelos relatos uníssomos dos policiais hoje ouvidos. (e-STJ fl. 161 – negritei.)

Tenho, assim, que, no caso concreto, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação.

Ante o exposto, **dou provimento** aos embargos de divergência, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado restou provada, negar provimento a seu recurso especial.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2015/0173496-7 PROCESSO ELETRÔNICO **EREsp 1.544.057 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00100104851320115 04416128820138190001 201525450937

PAUTA: 28/09/2016

JULGADO: 28/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : GEILSON BARROS DE LIMA
ADVOGADO : THIAGO HYGINO KNOPP E OUTRO(S) - RJ165680
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso de embargos de divergência, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **GEILSON BARROS DE LIMA**
ADVOGADO : **THIAGO HYGINO KNOPP E OUTRO(S) - RJ165680**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pela Sexta Turma desta Corte assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que a ausência do laudo toxicológico definitivo não pode ser suprida pela juntada do laudo provisório, impondo-se a absolvição do réu da imputação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por ausência de comprovação da materialidade delitiva.

2. Agravo regimental improvido.

Afirma o embargante que o acórdão impugnado diverge do entendimento firmado pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 1009380/MS, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, cuja ementa é a seguinte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, LAVAGEM DE DINHEIRO E SONEGAÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PELO CRIME DE SONEGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DELITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 12, § 2º, DA LEI 6.368/76. PREJUDICADA APRECIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Nos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º da Lei 8.137/90, a instauração da ação penal depende da constituição definitiva do crédito tributário, após o encerramento do procedimento fiscal na esfera administrativa, para que não constitua constrangimento ilegal, pela ausência de condição objetiva de punibilidade. Precedentes do STJ.

2. Prejudicado o pedido em relação à violação do art. 1º da Lei 8.137/90, uma vez que concedida ordem de *habeas corpus* ao paciente para afastar a condenação pela prática do delito de sonegação fiscal. (HC 77.986/MS, de minha relatoria, DJ 7/4/08)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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. 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.

5. A análise de inexistência de prova da materialidade dos delitos de lavagem de dinheiro e associação para o tráfico demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula do STJ.

6. Prejudicada a análise da violação do art. 12, § 2º, da Lei 6.368/76, em razão de julgamento de *habeas corpus*.

7. Recurso especial conhecido e improvido.

Sustenta o Ministério Público Federal que o acórdão paradigma "declara que o laudo toxicológico não pode ser o único meio de prova da materialidade delitiva, salientando que a existência de outros elementos são suficientes a demonstrar a prática do crime de tráfico" (fl. 400), enquanto o acórdão embargado "estabelece a indispensabilidade do referido laudo para a comprovação de citada materialidade, considerando insuficiente outros meios de prova" (fl. 400).

Requer, pois, o conhecimento e provimento do recurso para que se "declare ser dispensável o laudo toxicológico definitivo, eis que a materialidade, no caso, está comprovada por outros meios de prova" (fl. 402).

Admitido o recurso, o embargado apresentou impugnação às fls. 426/431, e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento dos embargos de divergência (fls. 437/444).

Na assentada do dia 28 de setembro último, o Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca deu provimento ao recurso "para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado restou provada, negar provimento a seu recurso especial". Na ocasião, pedi vista dos autos para melhor exame.

É o relatório.

Cumpre registrar, de início, que o acórdão embargado, diversamente do afirmado pelo Ministro Reynaldo, não é de minha relatoria, mas, sim, do Ministro Nefi Cordeiro.

De qualquer modo, todos sabem que já me manifestei no sentido de que, a depender do verbo contido no tipo para a consumação do ilícito, seria possível a condenação pelo crime de tráfico de drogas mesmo sem a apreensão de entorpecentes e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequentemente, sem a elaboração de laudo toxicológico, desde que outras provas embasassem a condenação. A propósito do tema, aliás, assim vinham decidindo as Turmas integrantes da Seção de Direito Penal deste Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica dos precedentes abaixo:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INEVIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGA OU DINHEIRO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER ACOLHIDO.

1. Este Superior Tribunal tem decidido que é possível, nos casos de não apreensão da droga, que a condenação pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 seja embasada em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal que demonstrem o envolvimento com organização criminosa acusada do delito (AgRg no AREsp n. 293.492/MT, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2/9/2014).

2. Não sendo possível atestar, de plano, a falta de justa causa para a ação penal, incabível, nesta via, o seu trancamento.

3. O histórico criminal do agente, a revelar fundado receio de reiteração na prática criminosa, autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 57.434/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO INTERPOSTO PELAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO NOS MOLDES LEGAIS E REGIMENTAIS. ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE POR NÃO EXISTIR LAUDO TOXICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com meras transcrições de ementas, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico nos moldes legais e regimentais.

2. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substância entorpecente é apreendida, a fim que se confirme a sua natureza.

3. Dessa forma, é possível, nos casos de não apreensão da droga, que a condenação pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 seja embasada em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal que demonstrem o envolvimento com organização criminosa acusada do delito, o que, conforme se constata dos excertos transcritos, constitui a hipótese dos autos.

4. Para se chegar a outra conclusão e modificar o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, seria necessária a análise aprofundada do contexto fático-probatório dos autos, inviável na via do recurso especial, nos termos do enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

5. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 293.492/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Ocorre, porém, que, de acordo com recente julgamento, por maioria, da colenda Sexta Turma desta Corte, é imprescindível a apreensão e consequente realização do laudo toxicológico definitivo para a condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, sob pena de ser incerta a materialidade do delito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ARGÜIÇÃO APÓS SENTENÇA. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A decisão que determinou as interceptações telefônicas, bem como as de prorrogação, foram fundamentadas em suporte probatório prévio e indicaram a indispensabilidade da prova, consoante prevê a Lei nº 9.296/96.

3. A alegação de inépcia da denúncia resta preclusa após a prolação de sentença condenatória.

4. Em crimes de drogas é imprescindível o exame pericial no corpo do delito, na forma do art. 158 do CPP.

5. Conforme a orientação atual desta Sexta Turma, a ausência do laudo toxicológico definitivo impõe a absolvição pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, pois incerta a materialidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito.

6. Quanto ao remanescente delito de associação para o tráfico, cabe ao Juízo das Execuções a análise dos elementos concretos constantes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e exame da substituição por penas restritivas de direitos.

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, a fim de absolver o paciente pelo crime de tráfico de drogas e, quanto ao remanescente delito de associação para o tráfico, afastado o óbice da quantidade de pena, determinar que o Juízo das execuções proceda a nova fixação do regime inicial, exame do cabimento de penas substitutivas e análise de eventual cumprimento integral da pena por esse delito.

(HC 213.643/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 18/05/2016)

E, no mesmo sentido, há manifestação da egrégia Quinta Turma pela indispensabilidade de apreensão da droga e elaboração de laudo que comprove sua aptidão para causar dependência física ou psíquica para fins de demonstração da materialidade do delito, tendo consignado o Ministro Relator que "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":

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DE LUCRO PELO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE TÓXICOS COM O ACUSADO OU COM AS MENORES QUE COM ELE SE ENCONTRAVAM. INEXISTÊNCIA DE LAUDO QUE COMPROVE QUE A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE SERIA APTA A CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Conquanto existam precedentes em que, na hipótese de inexistência de apreensão da droga, dispensam laudo para comprovar a materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, a melhor compreensão é a que defende a indispensabilidade da perícia no crime em questão.

2. 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. Doutrina.

3. O artigo 50, § 1º, da Lei 11.343/06 não admite a prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Na hipótese em exame, verifica-se que nenhuma droga foi encontrada em poder do acusado ou das menores que com ele se encontravam, e, por conseguinte, não foi efetivada qualquer perícia que ateste que ele teria fornecido às adolescentes substâncias entorpecentes, circunstância que impede que seja incriminado pelo ilícito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, já que ausente a comprovação da materialidade delitiva.

5. Recurso parcialmente provido apenas para determinar o trancamento da ação penal no tocante ao crime de tráfico de drogas.

(RHC 65.205/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016)

Outrossim, penso que a falta do laudo toxicológico definitivo caracteriza nulidade do feito, e não a absolvição do acusado, porque a materialidade do crime sem o laudo definitivo não significa dizer que o órgão de acusação se descuidou do múnus probatório, mas que os indícios surgidos com o laudo provisório haverão de ser confirmados oportunamente com a comprovação definitiva.

Quer dizer: a indicação preliminar da materialidade do crime existiu, o que não existiu foi a sua confirmação definitiva. Então a hipótese é de nulidade e não de absolvição, quando verificada a existência de provas contundentes da traficância e que, requisitada a elaboração do laudo, este ainda possa vir a ser juntado aos autos.

Não obstante, em 24 de agosto de 2016, esta egrégia Terceira Seção, no julgamento do HC 350.996/RJ, reafirmou a imprescindibilidade do laudo toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade dos delitos de tráfico de drogas, sob pena de absolvição do acusado, excepcionando-se, todavia, hipóteses em que a materialidade do crime puder ser verificada por laudo de constatação que permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.

Gostaria de ponderar que essa possibilidade de estabelecer a necessidade ou não do laudo definitivo de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que estamos definindo como exceção à regra, muito provavelmente passará a ser regra a partir da qual estaremos a absolver ou condenar...

Essa convicção, com a devida vênia, só reforça meu entendimento no sentido de que a falta do laudo definitivo implica em nulidade, não, em absolvição.

Nesse contexto, com a ressalva do meu entendimento, em atenção à jurisprudência desta Corte, analisando o caso concreto, observa-se que as instâncias ordinárias concluíram pela demonstração da materialidade do delito tendo em vista a existência de laudo prévio elaborado por perito criminal descrevendo a quantidade e a natureza da substância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendida (cocaína), enfatizando, ainda, o juízo sentenciante, que o acusado admitiu a posse da droga.

Em assim sendo, tem-se que a materialidade do delito restou, de fato, comprovada, enquadrando-se a hipótese na exceção à regra da imprescindibilidade do laudo definitivo.

Ante o exposto, acompanho o Relator acolhendo os embargos de divergência.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2015/0173496-7 PROCESSO ELETRÔNICO **EREsp 1.544.057 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00100104851320115 04416128820138190001 201525450937

PAUTA: 28/09/2016

JULGADO: 26/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : GEILSON BARROS DE LIMA
ADVOGADO : THIAGO HYGINO KNOPP E OUTRO(S) - RJ165680
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (com ressalva de entendimento), acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso de embargos de divergência, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro no mesmo sentido, a Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura (com ressalva de entendimento), Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.