



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 399.159 - SP (2017/0106936-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO LIMA PONTES
ADVOGADO : BRUNO LIMA PONTES - CE029231
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON GALVAO DE MOURA (PRESO)
CORRÉU : MARCIO BASTOS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. PEDIDO DE EXTENSÃO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE A CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. PLEITO DEFERIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora.
2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição quanto ao referido delito.
3. Demonstrada a similitude da situação processual do requerente com a do paciente, deve-se estender os efeitos da concessão ordem, uma vez que não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize, sendo aplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal.
4. Pedido de extensão deferido a fim de absolver o requerente quanto à imputação referente ao delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, ambos da Lei n.º 11.343/06, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de maio de 2018(Data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 399.159 - SP (2017/0106936-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : BRUNO LIMA PONTES
ADVOGADO : BRUNO LIMA PONTES - CE029231
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON GALVAO DE MOURA (PRESO)
CORRÉU : MARCIO BASTOS DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de pedido de extensão formulado em favor de MARCIO BASTOS DOS SANTOS, corréu na ação penal a que responde o paciente deste *habeas corpus*, que obteve, por acórdão da Sexta Turma desta Corte, a concessão parcial da ordem nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição do paciente quanto ao referido delito.

3. Para a configuração do delito previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 é desnecessária a comprovação da materialidade quanto ao delito de tráfico, sendo prescindível a apreensão da droga ou o laudo toxicológico. É indispensável, tão somente, a comprovação da associação estável e permanente, de duas ou mais pessoas, para a prática da narcotraficância.

4. *Habeas corpus* parcialmente concedido a fim de absolver o paciente quanto à imputação referente ao delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06, mantidos os demais termos da condenação (fl. 317).

Alega o requerente que se enquadra na mesma situação fático-jurídica do ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, haja vista que "também foi denunciado e condenado no mesmo caderno processual que Emerson Galvão de Moura, no qual foi reconhecida (...) a inexistência do laudo pericial que embasasse o decreto condenatório" (fl. 307).

Afirma que "os únicos réus que possuem situação diferenciada são Maria de Jesus Silva e Júlio César Gonçalves, visto que os mesmos figuraram no pólo passivo da Ação Penal nº. 0056433-59.2011.8.26.0577, a qual tramitou perante a 2ª Vara Criminal de São José dos Campos, sendo nela que existe o laudo toxicológico, portanto, estes tiveram chance de enfrenta-los no contraditório" (fl. 307).

Invoca o princípio da isonomia.

Requer o peticionário, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal, a extensão da ordem concedida em relação ao paciente, absolvendo-o da imputação referente ao delito de tráfico de drogas.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco de Assis Vieira Sanseverino, pelo não conhecimento do pedido de extensão (fls. 347/352).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 399.159 - SP (2017/0106936-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. PEDIDO DE EXTENSÃO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE A CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. PLEITO DEFERIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora.
2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição quanto ao referido delito.
3. Demonstrada a similitude da situação processual do requerente com a do paciente, deve-se estender os efeitos da concessão ordem, uma vez que não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize, sendo aplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal.
4. Pedido de extensão deferido a fim de absolver o requerente quanto à imputação referente ao delito previsto no art. 33, *caput*, c.c art. 40, ambos da Lei n.º 11.343/06, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Pleiteia-se a extensão da ordem concedida ao paciente EMERSON, no sentido de absolver o requerente quanto ao delito de tráfico de drogas, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal.

Confiram-se, por oportuno, os termos do édito condenatório, no que pertinente ao objeto da presente pedido de extensão:

(...)

2. A ação penal deve ser julgada parcialmente procedente.

A materialidade dos delitos está comprovada pelos relatórios e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentos de fls., pela prova oral e pelos laudos de fls., destacando-se o resultado positivo para cocaína com relação à droga encontrada, não merecendo reparo, pois bem se utilizou da boa técnica existente.

(...) (fls. 43/44).

Veja-se, ademais, o que registrou o Tribunal estadual quanto à matéria:

A preliminar de ausência de materialidade do crime de tráfico de drogas suscitada por EMERSON e MÁRCIO se confunde com o mérito da causa e com ele será analisada.

(...)

Primeiramente, não há que se falar em ausência de materialidade do crime tráfico de drogas. Segundo consta da sentença de fls. 213/217, tudo foi apreendido e o material suspeito examinado. Realmente, eram drogas (20 quilos de cocaína).

De outra parte, apesar da droga ter sido apreendida com GONÇALVES e SILVA, certo é que o entorpecente pertencia a EMERSON e era destinado a MÁRCIO, que a revenderia no Estado da Bahia.

Ressalto que é desnecessária a comprovação de qualquer ato de mercancia por parte dos acusados, tendo em vista que o crime de tráfico é tipo penal misto alternativo ou de conteúdo variado, bastando para a configuração do delito a subsunção do fato a uma dentre as várias condutas descritas pelo legislador: "(...) o tipo previsto 110 art. 33 da Lei nº 11.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar (...)" (STJ - QUINTA TURMA - Recurso Especial nº 1.133.943 - Relator Ministro FELIX FISCHER - Julgamento realizado em 6/ABR/2010).

Diante de tais elementos de prova, concluo que está plenamente configurado o delito de tráfico de drogas, evidenciada, ainda, a qualificadora prevista no inciso V do artigo 40 da Lei de Drogas (fls. 86/91).

Constata-se que, embora o Magistrado sentenciante tenha afirmado que a materialidade havia sido comprovada, não indicou a numeração da lauda do caderno processual em que estariam encartados os documentos nos quais se embasou para formar seu convencimento.

O Tribunal *a quo*, por seu turno, apenas fez referência ao que fora dito na sentença condenatória, deixando de indicar, do mesmo modo, elementos que comprovassem, de fato, a materialidade do delito, em especial, a existência de laudo toxicológico.

A fim de melhor elucidar a controvérsia, solicitei informações ao Juízo de primeiro grau e à autoridade apontada como coatora acerca do alegado, as quais foram prestadas às fls. 122/156 e 159/161. Não foi, entretanto, esclarecida a questão acerca da existência ou inexistência do laudo toxicológico definitivo, razão pela qual reiterarei o pedido de informações, especificamente quanto ao tema.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 20.9.2017, a Presidência da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestou informes com o seguinte teor:

Diante dos termos da solicitação contida no pedido de informações para a instrução do *habeas corpus* em epígrafe, em que é impetrante o advogado BRUNO LIMA PONTES e paciente EMERSON GALVÃO DE MOURA, tenho a honra de esclarecer a Vossa Excelência, consoante informações prestadas pela Vara de origem e pelo Delegado da Policial Federal de São José dos Campos, que **o referido laudo toxicológico definitivo encontra-se juntado nos autos da Ação Penal nº 0056433-59.2011.8.26.0577, da Segunda Vara Criminal da mesma Comarca, na qual José Maria de Jesus Silva e Júlio César Gonçalves, que também figuram como corréus na ação penal em comento - número 003855-80.2012.8.26.0577 foram condenados por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo aplicadas ao primeiro as penas de 05 anos e 10 meses de reclusão e 580 dias-multa e, ao segundo, de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, fixado o regime inicial fechado para desconto das sanções (fl. 258) (grifou-se).**

Em informações prestadas pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de São José dos Campos ao Tribunal de origem, colacionadas aos autos pelo referido Tribunal, eis o que foi consignado, *in verbis*:

Tendo em vista a determinação e a fim de dar cumprimento, fomos verificar o Processo em questão, o qual contém 09 volumes. Foi olhado atentamente, aliás, pela Escrevente responsável pelos autos como por mim e **não foi localizado o determinado.**

Levando, diante disso, ao conhecimento do Juiz Corregedor da Vara, o mesmo determinou que se oficiasse, com urgência à Polícia Federal, onde os autos originaram. O que foi feito através de e-mail para ser ainda mais rápido.

Diante de tal determinação, o Delegado lá lotado, nos informou o que faço seguir anexo para conhecimento e justificativa.

Com este ofício, nos coube solicitar à 2ª Vara local, o desarquivamento dos autos 0056433-59.2011, no qual, eu mesma, conversando com o Escrivão daquele Cartório, solicitei urgência e tão logo nos venha, será encaminhado a essa Corte (fl. 259) (grifou-se).

Confira-se, ainda, despacho proferido pela Polícia Federal, em atenção ao pedido de informações do Juízo da 1ª Vara Criminal de São José dos Campos:

1. Ciente da correspondência eletrônica da 1ª Vara Criminal de São José dos Campos, registrando-se que, após pesquisas e análises, por meio do terminal telefônico, esclareceu-se à Responsável pelo Cartório da Vara que **os originais do laudo toxicológico definitivo se encontravam nos autos da ação penal nº 0056433-59.2011.8.26.0577, processada e julgada pela 1ª Vara Criminal de São José dos Campos, (...) (fl. 262) (grifou-se).**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Juízo da 1ª Vara Criminal de São José dos Campos, em 8.11.2017, remeteu a esta Corte, via correio eletrônico, cópias de dois laudos, sem, entretanto, informar o número do processo do qual foram extraídos (fls. 278/285). Da leitura do laudo de fls. 282/285, verifica-se que se refere ao IPL n.º 19-0277/2011-4, procedimento investigatório diverso do que o originou o presente processo-crime (IPL n.º 169/2011).

Verifica-se, pois, consoante as informações prestadas pelas instâncias de origem acima transcritas, a inexistência de laudo toxicológico definitivo nos autos da ação penal n.º 0038355-80.2012.8.26.0577, objeto do presente pedido de extensão, tendo sido acostado aos autos tão somente laudos referentes a ação penal diversa, na qual o peticionário não figura como réu, a saber o processo-crime n.º 0056433-59.2011.8.26.0577.

Acerca da necessidade de demonstração da materialidade por meio de laudo toxicológico definitivo, mister tecer algumas considerações.

O delito de tráfico de drogas é classificado, doutrinariamente, como de ação múltipla, é dizer, contém na descrição típica diversos verbos nucleares que expressam condutas penalmente ilícitas e, em razão disso, penso que a ausência de apreensão de substância entorpecente não deságua, inexoravelmente, na falta de materialidade.

Poderá haver, dentre as condutas tipicamente previstas, ações que não necessitam da apreensão da droga, mas, tão somente, do assentimento do agente na conduta, o dolo, a vontade de participar do tráfico, além dos indícios de autoria, por evidente.

Vejamos a redação do preceito primário do crime:

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:

É certo que, pela ação de "guardar" substâncias entorpecentes com o fim de vendê-las, exigir-se-ia a devida apreensão. No entanto, tratando-se de fornecedores/distribuidores de drogas, se raciocinarmos que estamos diante de comércio proscrito, ou seja, ilegal, o fornecedor não estará, necessariamente, munido o tempo todo da "mercadoria" que vende. Tanto é assim que, no caso concreto, a remessa que era esperada não chegou ao destino.

Além do mais, quem distribui e/ou fornece precisa adquirir o que revende. E para que seja configurado o crime de tráfico de drogas, na modalidade "adquirir", não é necessária a entrega da droga ao adquirente, nem mesmo o pagamento do preço ajustado, mas, tão somente, o acordo de vontades sobre o objeto (quantidade e qualidade da droga) e o valor a ser pago.

Nessa linha de raciocínio, a depender do verbo contido no tipo para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumação do ilícito, a meu ver é possível a condenação pelo crime de tráfico de drogas mesmo sem a apreensão de entorpecentes e, conseqüentemente, sem a elaboração de laudo toxicológico, desde que outras provas embasem 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referido entendimento só é aplicável nas hipóteses em que a 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, a Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado.

Destacou-se, ainda, "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". Confirma-se a ementa do julgado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

(EREsp 1544057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016)

Na ocasião, externei minha convicção pessoal no sentido de que a falta do laudo toxicológico definitivo caracteriza nulidade do feito, e não a absolvição do acusado, porquanto 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.

É 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. Acompanhei, pois, o Relator, ressaltando meu entendimento.

Na esteira do novel entendimento perfilhado por esta Corte, confirmam-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. ABSOLVIÇÃO. MEDIDA DE RIGOR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. ORDEM ESTENDIDA AOS DEMAIS CORRÉUS. IDENTIDADE DE SITUAÇÃO FÁTICA. ART. 580 DO CPP.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício. 2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo acarreta a absolvição do acusado, pela falta de comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas, ressalvados os casos em que o laudo preliminar seja dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial, em procedimento equivalente.

3. Na hipótese, é inválida a condenação amparada tão somente nas provas testemunhais e documentais, produzidas e trasladadas ao feito, quando a apreensão da droga e a confecção do laudo definitivo positivo é imprescindível para a comprovação da materialidade delitiva.

4. "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (HC 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016). Reconhecida a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) a Suprema Corte, em 11/11/2016, em Plenário Virtual, reafirmou a jurisprudência externada no mencionado writ.

5. A determinação de execução provisória da pena pelo Tribunal de origem encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de pedido da acusação, razão pela qual não há falar em reformatio in pejus.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente pelo delito descrito no art. 33 c/c 40, III, da Lei n. 11.343/2006, ante a falta de comprovação da materialidade delitiva, decisão esta que se estende aos demais corréus na Ação Penal n. 145.09.559.797-0, com fundamento no art. 580 do CPP, cabendo ao Tribunal de origem a readequação da pena dos acusados.

(HC 380.095/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO.

I - A jurisprudência desta Corte recentemente pacificou o entendimento no sentido de ser imprescindível a juntada do laudo toxicológico definitivo para a configuração do delito de tráfico, sob pena de absolvição por ausência de comprovação de materialidade delitiva.

II - "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" (HC n. 350.996/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/8/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - In casu, a ressalva não se enquadra na hipótese vertente, porquanto não há informação, no v. acórdão recorrido, de que o laudo preliminar detinha os caracteres de definitivo, notadamente no sentido de atestar a qualificação acadêmica dos profissionais que o elaboraram e a natureza do material apreendido.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1584209/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

No caso em análise, conforme esclarecido, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado demonstrar a materialidade do crime de tráfico de drogas.

Dessarte, com a ressalva do meu entendimento acerca do tema, em atenção à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é de rigor a absolvição quanto à imputação pela prática do delito de tráfico de drogas, por ausência de comprovação da materialidade delitiva.

Desse modo, **verificada a similitude da situação processual do requerente com a do paciente EMERSON GALVAO DE MOURA, deve-se estender a ordem, porquanto não se verifica a existência de qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que a obstaculize**, sendo aplicável, pois, o artigo 580 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Ante o exposto, **defiro** o pedido de extensão de MARCIO BASTOS DOS SANTOS a fim de **absolve-lo** quanto à imputação referente ao delito previsto no **art. 33, caput, c.c art. 40, ambos da Lei n.º 11.343/06**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0106936-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **PExt no**
HC 399.159 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00383558020128260577 13502012 20160000555045 383558020128260577

EM MESA

JULGADO: 08/05/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO LIMA PONTES
ADVOGADO : BRUNO LIMA PONTES - CE029231
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON GALVAO DE MOURA (PRESO)
CORRÉU : CHARLENE PEREIRA VICENTE
CORRÉU : JÚLIO CESAR GONÇALVES
CORRÉU : JOSE MARIA DE JESUS SILVA
CORRÉU : MARCIO BASTOS DOS SANTOS
CORRÉU : LEONARDO DE FREITAS SOUZA
CORRÉU : LAION DE FREITAS SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

PEDIDO DE EXTENSÃO

IMPETRANTE : BRUNO LIMA PONTES
ADVOGADO : BRUNO LIMA PONTES - CE029231
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EMERSON GALVAO DE MOURA (PRESO)
CORRÉU : MARCIO BASTOS DOS SANTOS

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de extensão, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.