



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.095 - MG (2016/0310752-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TIAGO SOUZA DE RESENDE E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO SOUZA RESENDE E OUTRO(S) - MG098738
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FREDERICK ALEIXO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO - DF011830

EMENTA

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. 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 corrêus na Ação Penal n. 145.09.559.797-0, com fundamento no art. 580



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CPP, cabendo ao Tribunal de origem a readequação da pena dos acusados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. JOSE FRANCISCO FISCHINGER MOURA DE SOUZA (P/PACTE)

Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.095 - MG (2016/0310752-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TIAGO SOUZA DE RESENDE E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO SOUZA RESENDE E OUTRO(S) - MG098738
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FREDERICK ALEIXO FERREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **FREDERICK ALEIXO FERREIRA DA SILVA** de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado por infração aos arts. 33 e 35 c/c 40, III, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 13 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 1.998 dias-multa, sendo-lhe deferido o benefício de recorrer solto.

Em grau recursal, o Tribunal de origem proveu, em parte, o apelo defensivo, "para reanalisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerando-as favoráveis em sua totalidade". Foi, ainda, expedido mandado de prisão para o início do cumprimento da pena provisória.

Nesta Corte, os impetrantes alegam que a condenação pelo delito de tráfico de drogas exige, inexoravelmente, a apreensão dos entorpecentes e a realização do laudo toxicológico definitivo. Logo, as provas testemunhais e documentais não são suficientes para consubstanciar o édito condenatório.

Sustentam, ainda, violação do princípio da não culpabilidade, em razão da determinação da execução provisória da pena, bem como a ocorrência de *reformatio in pejus*, pois, embora deferido ao paciente, na sentença, o benefício de recorrer solto, houve a determinação do seu recolhimento pelo Tribunal de origem, sem pedido da acusação.

Requerem:

- a) a absolvição do paciente pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006;
- b) a declaração de "ilegalidade de parte da decisão objurgada que determinou a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado".

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 2.140-2.142).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 2.149-2.155).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.095 - MG (2016/0310752-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : TIAGO SOUZA DE RESENDE E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO SOUZA RESENDE E OUTRO(S) - MG098738
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FREDERICK ALEIXO FERREIRA DA SILVA

EMENTA

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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Preliminarmente, convém anotar que esta ação penal tem origem na operação "Cosme e Damião", realizada pela Polícia Federal, cujo objeto era a investigação do comércio ilícito de substâncias sintéticas, em especial ecstasy e LSD, na cidade de Juiz de Fora/MG, e resultou na condenação de outros acusados, nos autos n. 145.09.520.736-4, pela posse de 101 comprimidos de ecstasy e da comprovada associação habitual dos agentes no tráfico de drogas.

Procedida a degravação das interceptações telefônicas devidamente autorizadas **naquele** feito, verificou-se a existência de indícios da prática de outros fatos criminosos, os quais subsidiaram o oferecimento da denúncia contra o paciente e corréus, também, pelos delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico.

Sobrevindo decisão condenatória, nos termos da exordial acusatória, o Juiz sentenciante, quanto à alegada falta de comprovação da materialidade pelo delito de tráfico de drogas, **levantado pela defesa de um dos corréus**, assim consignou:

"3 - declaração da atipicidade da conduta de Thalys, ante a ausência de laudo toxicológico apto a afirmar que uma suposta atividade de traficância se deu com substância entorpecente, proibida, de uso proscrito, aplicando-se assim o art. 386, III do CPP, ou se preferir, o inciso II, do mesmo ordenamento (fls.1050-1095): **não prospera tal preliminar, já que se faz entendimento doutrinário e jurisprudencial específico a desnecessidade de materialidade concreta e até de respectivo laudo pericial quando, em demanda pertinente a entorpecentes a existência das elementares pertinentes se faz manifestamente evidenciada através das provas indiretas, notadamente, no presente caso, pelas degravações telefônicas e de mensagens, provas testemunhais,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentais e indiciárias relevantes, mormente quando tais provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecente pelos respectivos agentes, preponderando, assim, a verdade real em detrimento das exigências de uma verdade meramente formal que não atende aos anseios de uma verdadeira Justiça, sobretudo, quando possível e exigível se faz a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de enaltecimento da equidade à luz dos parâmetros de nossa constituição garantista.
[...] (grifou-se).

A desnecessidade da apreensão das drogas negociadas pelo grupo criminoso e, por conseguinte, a confecção do laudo toxicológico, como condição para embasar o decreto condenatório foi, mais uma vez, afastada na sentença sob a seguinte motivação:

"A materialidade está consubstanciada pelas provas documentais acostadas aos autos, inclusive em autos anexo, bem como pelas provas testemunhais colhidas mediante contraditório, já que se faz entendimento doutrinário e jurisprudencial específico a desnecessidade de materialidade concreta e até de respectivo laudo pericial quando, em demanda pertinente a entorpecentes a existência das elementares pertinentes se faz manifestamente evidenciada através das provas indiretas, notadamente, no presente caso, pelas interceptações telefônicas, de dados, provas testemunhais, documentais e indiciárias relevantes, mormente quando tais provas são irrefutáveis, dando como certa e inquestionável a mercancia de entorpecente pelos respectivos agentes, preponderando, assim, a verdade real em detrimento das exigências de uma verdade meramente formal que não atende aos anseios de uma verdadeira Justiça, sobretudo, quando possível e exigível se faz a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de enaltecimento da equidade à luz dos parâmetros de nossa Constituição Garantista.
[...] (grifou-se).

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou que "a materialidade do crime restou devidamente comprovada pelos autos de apreensão, bem como pelo restante da prova oral e documental produzida, inclusive em autos anexos" (fl. 1.957).

Ponderou, ademais:

"[...]

Sabe-se que quando há a apreensão do entorpecente, é imprescindível a realização do laudo toxicológico para se comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas a fim de que seja confirmada a natureza da droga.

Todavia, diante dos vários verbos núcleos do tipo previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é perfeitamente possível a hipótese em que não há apreensão dos entorpecentes em poder do agente. Não obstante, a condenação pode fundar-se em extensa prova documental e testemunhal produzida ao longo da instrução criminal, como no presente caso.

Vislumbra-se da prova carreada aos autos que o apelante T. H.S. B, atuava no comércio de entorpecentes, demonstrando, em suas conversas com o traficante "Nem", ter conhecimento sobre as diversas "marcas de ecstasy".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como "puma", "playboy" e "estrela de davi", conforme se vê [...]

Ressalta-se que a materialidade delitiva, *in casu*, restou devidamente caracterizada, independente da apreensão de drogas com o apelante T. H. S. B, eis que existem outros elementos de prova nos autos, notadamente as mensagens encontradas nos computadores dos envolvidos e os depoimentos prestados pelos policiais, que revelam satisfatoriamente a prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei n. 11.343/2006.

Desse modo, tenho que não tendo sido apreendidas substâncias entorpecentes em poder do acusado, de fato não seria mesmo possível a confecção de Laudo Toxicológico sendo imprescindível a produção desta prova apenas nos casos em que é arrecadada a droga, a fim de se confirmar sua natureza.

Confira-se a orientação contida no Informativo n. 501, STJ

"A ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. No caso a denúncia fundamentou-se em provas obtidas pelas investigações policiais dentre elas a quebra de sigilo telefônico que são meios hábeis para comprovar a materialidade do delito perante a falta da droga não caracterizando assim, a ausência de justa causa para a ação penal (HC 131.455-MT Rel. Min Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2012)"

Portanto, conforme posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, é admissível, excepcionalmente, a condenação pelo delito de tráfico de drogas sem que tenha sido realizado o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, quando não for possível apreender a droga e a condenação se embasar em extensa prova documental e testemunhal produzida durante a instrução criminal.

De resto, não há que se falar em atipicidade da conduta do denunciado T.H.S. B, eis que fartamente demonstradas a autoria e materialidade delitiva nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico." (grifou-se).

Observa-se, contudo, que a decisão impugnada está em confronto com o entendimento desta Corte sobre o tema.

A Terceira Seção desta Tribunal, no julgamento do Eresp n. 1.544.057/RJ, em sessão de julgamento realizada em 26/10/2016, uniformizou o posicionamento de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a comprovação da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, sob pena de acarretar a absolvição do acusado. Foi, ressaltada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial, em procedimento equivalente.

O julgado está resumido na seguinte 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 à 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 24/8/2016, publicado no DJe de 29/8/2016.

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 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 1.544.057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 9/11/2016).

Desse modo, é manifesta a ilegalidade imposta ao paciente e aos demais corréus, uma vez que as provas testemunhais e documentais, ainda que produzidas e trasladadas ao feito sob o crivo do contraditório, não são suficientes para a demonstração da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, como firmado por esta Corte.

Vale lembrar que as informações obtidas das interceptações telefônicas e da análise das imagens e mensagens encontradas no computador de alguns dos acusados, que comprovam o intenso comércio de entorpecentes entre os envolvidos e terceiros, embora não sejam aptas para a condenação pelo delito de tráfico de drogas, diante da falta de apreensão dos entorpecentes negociados e, por óbvio, do exame toxicológico definitivo, são, contudo, suficientes para demonstrar o vínculo estável e permanente entre os pacientes na associação voltada ao tráfico de entorpecentes.

Sendo, de rigor, portanto, o deferimento da ordem, **de ofício**, para absolver o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, tão somente, da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, diante da insuficiência probatória. Decisão esta que estende-se aos demais corréus, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal, posto que idêntica a situação fática-processual dos acusados nos autos.

Nesse sentido:

"RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, SEQUESTRO E TORTURA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 35 DA LEI DE DROGAS. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS EM PARTE. CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO.

1. De acordo com recentes julgados das Turmas integrantes da Seção de Direito Penal 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. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. No caso em análise, não houve a apreensão de droga com nenhum dos acusados, tendo as instâncias ordinárias concluído que a materialidade do delito teria sido demonstrada pelos depoimentos testemunhais e interceptações telefônicas, que indicaram o tráfico de 36 quilos de cocaína, droga que não chegou a seu destino final em razão de sua subtração por parte dos acusados durante o seu transporte. Absolvição dos recorrentes quanto ao delito de tráfico ilegal de drogas, em conformidade com a jurisprudência deste Sodalício.

[...]

9. Recursos especiais providos em parte. Concessão de *habeas corpus* de ofício em favor de corréus. Absolvição quanto ao delito de tráfico de drogas, por ausência de materialidade delitiva, e retorno dos autos à Corte de origem para nova análise da primeira fase da dosimetria da pena, afastada a consideração negativa das circunstâncias da personalidade e da conduta social com base em fundamentos genéricos."

(REsp 1598820/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/6/2016, DJe 1/8/2016).

Em relação ao pedido para que o paciente aguarde em liberdade o transito em julgado da condenação, não assiste razão aos impetrantes.

Após o julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, esta Corte passou a acompanhar o entendimento de que "a execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 17/2/2016).

Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Vale anotar que, 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*, em acórdão assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria."

(ARE 964246 RG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJe de 25/11/2016).

Por fim, consigne-se que 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 se falar em *reformatio in pejus*.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO (ORDINÁRIO OU ESPECIAL). INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 9 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que '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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal'. (STF, HC 126292, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/5/2016, publicado em 17/5/2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

[...]

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente."

(HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/9/2016, DJe 4/10/2016);

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe 17/5/2016).

2. A garantia contida na sentença de que o ora paciente poderá aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade não se sobrepõe a esse novo entendimento, que autoriza a execução provisória da pena, uma vez esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.

3. Ordem denegada."

(HC 346.443/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 12/9/2016);

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17/2/2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Não há falar em *reformatio in pejus* diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada."

(HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 14/6/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, concedo a ordem, **de ofício**, para absolver o paciente pelo delito do art. 33 c/c 40, III, da Lei n. 11.343/2006, ante a falta de comprovação da materialidade delitiva, decisão esta que estendo 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.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0310752-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 380.095 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10145095597970001 10145095597970002 145095597970 55979705620098130145

EM MESA

JULGADO: 12/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TIAGO SOUZA DE RESENDE E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO SOUZA RESENDE E OUTRO(S) - MG098738
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : FREDERICK ALEIXO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO - DF011830
CORRÉU : CLEVERSON DIAS PAGGIOLI
CORRÉU : THALYS HENRIQUE SOARES BILHEIRO
CORRÉU : THIAGO COIMBRA CHAVES GARCIA LOPES

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. JOSE FRANCISCO FISCHINGER MOURA DE SOUZA
(P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.