



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2354065 - RN (2023/0150769-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
AGRAVADO : MANUEL CANDIDO
ADVOGADO : VINICIUS FERNANDES DE ALMEIDA - PB016925

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE. APREENSÃO DA DROGA. IMPRESCINDIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"A conclusão adotada pelo Tribunal a quo, quanto à necessidade de apreensão da droga para caracterização da materialidade do tráfico de entorpecentes alinha-se à jurisprudência do STJ sobre o tema, recentemente uniformizada pela Terceira Seção quando do julgamento do HC 686.312/MS. Não é possível a condenação pelo crime de tráfico de drogas quando nenhuma substância entorpecente é apreendida, por falta de prova da materialidade delitiva"* (AgRg no REsp n. 2.059.687/MG, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023).

2. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2024.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2354065 - RN (2023/0150769-5)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
AGRAVADO : **MANUEL CANDIDO**
ADVOGADO : **VINICIUS FERNANDES DE ALMEIDA - PB016925**

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE. APREENSÃO DA DROGA. IMPRESCINDIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *"A conclusão adotada pelo Tribunal a quo, quanto à necessidade de apreensão da droga para caracterização da materialidade do tráfico de entorpecentes alinha-se à jurisprudência do STJ sobre o tema, recentemente uniformizada pela Terceira Seção quando do julgamento do HC 686.312/MS. Não é possível a condenação pelo crime de tráfico de drogas quando nenhuma substância entorpecente é apreendida, por falta de prova da materialidade delitiva"* (AgRg no REsp n. 2.059.687/MG, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023).

2. Agrado regimental desprovido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de agrado regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE contra decisão em que neguei provimento ao recurso especial ministerial.

Aproveitei o bem lançado relatório do representante do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 668/669):

Trata-se agrado interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra decisão proferida pela Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que não admitiu o recurso especial manejado pelo ora agravante.

O agravado foi condenado à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1000 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da lei 11.343/2006, por seis vezes).

A defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi julgado procedente pelo Tribunal de origem para absolver o réu do delito a ele imputado, por insuficiência de provas para condenação. Eis a ementa do v. acórdão:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, 06 VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. (ARTS. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006, C/C ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA ARGUIDA PELA DEFESA. REJEIÇÃO INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA E NAS OUTRAS DUAS AÇÕES PENAIAS. FEITOS DISTINTOS. CONSONÂNCIA COM A 5ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA. MÉRITO. PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE INEXISTENTE. NÃO APREENSÃO DE ENTORPECENTE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DISSONÂNCIA COM A 5ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA. (e- STJ Fls. 549/50) Opostos embargos de declaração pela acusação, estes foram rejeitados (e-STJ Fls. 584/94).

No recurso especial, o Parquet alega violação aos artigos 33 da Lei nº 11.343/06. Assevera que, não obstante a não apreensão de drogas, há outras provas nos autos que comprovam a prática delitiva, quais sejam, as interceptações telefônicas e os depoimentos de testemunhas, indicando, nesse sentido, precedentes dessa Eg. Corte. Aduz que os fatos ficaram incontroversos no voto vencido nos embargos declaratórios.

Requer o restabelecimento da sentença condenatória.

O apelo extremo não foi admitido na origem com base na Súmula 7 do STJ.

O MPRN interpôs agravo em recurso especial, alegando que não se pretende o revolvimento fático-probatório, mas “o reconhecimento do equívoco na qualificação jurídica dos fatos”, eis que “as premissas fáticas necessárias para o enfrentamento da tese jurídica veiculada no Especial – outros elementos aptos a comprovar o crime de tráfico de drogas – constam expressamente do acórdão integrativo” (e-STJ fl. 646).

Certidão de decurso de prazo (e-STJ fl. 654)

Nas razões do presente recurso, sustenta o órgão ministerial que a “inexistência de apreensão das drogas em poder do acusado não afasta os demais elementos de prova acostados, os quais são capazes de demonstrar a materialidade delitiva e conduzir à necessária condenação do recorrido. Entretanto, o eminente Ministro Relator apenas analisou a ausência da materialidade à luz da não apreensão dos entorpecentes, omitindo-se quanto às provas reconhecidas expressamente no voto vencido do acórdão proferido na instância de origem” (e-STJ fl. 688).

Postula, ao final (e-STJ fl. 688):

A – reconsideração da decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Relator, a fim de que seja provido o Recurso Especial;

B – acaso não haja reconsideração, que seja submetido o presente recurso ao órgão colegiado competente, para que o Recurso Especial seja provido integralmente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

O recurso não apresenta argumento capaz de desconstituir os fundamentos que embasaram a decisão ora impugnada, de forma que merece ser integralmente mantida.

Esses foram os fundamentos utilizados pela Corte de origem para absolver o agravado (e-STJ fls. 554/555):

O julgador ao reconhecer a materialidade e autoria do a quo crime de tráfico de drogas por parte do recorrente, o fez com respaldo no entendimento até então adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, e por esta Câmara Criminal, de que a materialidade do tipo penal descrito no artigo 33, , da Lei nº 11.343/2006 poderia ser caput comprovada por outras provas diversas da apreensão do entorpecente.

In casu, os diálogos interceptados e as provas orais colhidas durante a instrução criminal, incluindo a confissão do réu, registram a prática do delito.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o posicionamento de que a ausência do laudo do exame toxicológico afasta a materialidade do tráfico de drogas, do que se depreende, por conseguinte, que a existência de outras provas não supera a não apreensão do entorpecente.

Assim, a situação descrita na denúncia em apreço, com efeito, converge com a tratada na Apelação Criminal nº 0100690-40.2018.8.20.0142, na qual a Câmara Criminal deu provimento para absolver o apelante ante a ausência de materialidade, com base nos últimos julgamentos do STJ.

[...]

Diante disso, forçoso reconhecer que as provas colacionadas não são suficientes para comprovar a materialidade, o que impende a absolvição do apelante da imputação do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.3463/2006

Compulsando o aresto invectivado, extraiu-se que o agravado foi absolvido ante a ausência de materialidade, porquanto não houve a apreensão de nenhuma droga, ainda que existissem outras provas a evidenciarem a prática delitiva. Dessarte, não houve comprovação da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes.

Com efeito, "a conclusão adotada pelo Tribunal a quo, quanto à necessidade de apreensão da droga para caracterização da materialidade do tráfico de entorpecentes alinha-se à jurisprudência do STJ sobre o tema, recentemente uniformizada pela Terceira Seção quando do julgamento do HC 686.312/MS. Não é possível a condenação pelo crime de tráfico de drogas quando nenhuma substância entorpecente é apreendida, por falta de prova da materialidade delitiva".

Ademais, "a afirmação de que 'há lastro suficiente - interceptações

telefônicas -, a evidenciar a materialidade da conduta atribuída ao ora agravado, no que diz respeito ao crime de tráfico de drogas' [...] demandaria revolvimento do acervo fático-probatório, o que, no âmbito do recurso especial, constitui medida obstada pela Súmula 7/STJ" (AgRg no REsp n. 2.059.687/MG, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023).

Consignei o recente precedente oriundo da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que dirimiu a controvérsia sobre a (im)prescindibilidade da apreensão da droga para a configuração do crime de tráfico:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA MATERIALIDADE DO DELITO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS APTOS A COMPROVAR A PRÁTICA DO CRIME. IRRELEVÂNCIA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DE DROGAS NA POSSE DIRETA DO AGENTE. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO, DE OFÍCIO AOS CORRÉUS.

No julgamento do HC n. 350.996/RJ, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, a Terceira Seção reconheceu, à unanimidade, que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a 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 tráfico de drogas possa ser demonstrada por laudo de constatação provisório, desde que ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo e haja sido elaborado por perito oficial, em procedimento e conclusões equivalentes.

Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.544.057/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (DJe 9/11/2016), a Terceira Seção desta Corte uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Foi ressalvada, no entanto, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar de constatação, dotada de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como droga, nos termos em que previsto na Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Pelo que decidido nos autos dos EREsp n. n. 1.544.057/RJ, é possível inferir que, em um ou outro caso, ou seja, com laudo toxicológico definitivo ou, de forma excepcionalíssima, com laudo de constatação provisório, é necessário que sejam apreendidas drogas.

Em outros termos, para a condenação de alguém pela prática do crime de tráfico de drogas, é necessária a apreensão de drogas e a consequente elaboração ao menos de laudo preliminar, sob pena de se impor a absolvição do réu, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.

Pelo raciocínio desenvolvido no julgamento dos referidos EREsp n. 1.544.057/RJ, também é possível depreender que, nem mesmo em situação excepcional, a prova testemunhal ou a confissão do acusado, por exemplo, poderiam ser reputadas como elementos probatórios aptos a suprir a ausência do laudo toxicológico, seja ele definitivo, seja ele provisório assinado por perito e com o mesmo grau de certeza presente em um laudo

definitivo.

O art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico com base na prática de dezoito condutas relacionadas a drogas - 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 -, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas".

Segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.343/2006, "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União."

Portanto, a definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (daí a classificação doutrinária, em relação ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de que se está diante de uma norma penal em branco heterogênea). Vale dizer, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerado droga o que a lei (em sentido amplo) assim reconhecer como tal.

Mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006. No entanto, para a perfectibilização do tipo previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é necessário mais do que isso: é necessário que a substância seja efetivamente apreendida e periciada, para que se possa identificar, com grau de certeza, qual é o tipo de substância ou produto e se ela(e) efetivamente encontra-se prevista(o) na Portaria n. 344/1998 da Anvisa.

A caracterização do crime de tráfico de drogas prescinde de apreensão de droga em poder de cada um dos acusados; basta que, evidenciado o liame subjetivo entre os agentes, haja a apreensão de drogas com apenas um deles para que esteja evidenciada, ao menos em tese, a prática do delito em questão. Assim, a mera ausência de apreensão de drogas na posse direta do agente "não afasta a materialidade do delito de tráfico quando estiver delineada a sua ligação com outros integrantes da mesma organização criminosa que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito", conforme decidido por ocasião do julgamento do HC n. 536.222/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (5ª T., DJe de 4/8/2020).

Na hipótese dos autos, embora os depoimentos testemunhais e as provas oriundas das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas tenham evidenciado que a paciente e os demais corréus supostamente adquiriam, vendiam e ofereciam "drogas" a terceiros - tais como maconha, cocaína e crack -, não há como subsistir a condenação pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, se, em nenhum momento, houve a apreensão de qualquer substância entorpecente, seja em poder dela, seja em poder dos corréus ou de terceiros não identificados.

Apesar das diversas diligências empreendidas pela acusação, que envolveram o monitoramento dos acusados, a realização de interceptações telefônicas, a oitiva de testemunhas (depoimentos de policiais) etc., não houve a apreensão de droga, pressuposto da materialidade delitiva. Assim, mesmo sendo possível extrair dos autos diversas tratativas de comercialização de entorpecentes pelos acusados, essas provas podem caracterizar o crime de associação para o tráfico de drogas, mas não o delito de tráfico em si.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra

juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte objecti, quer a parte subjecti. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa, em sua dinâmica subjetiva - o ânimo a mover a conduta -, decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Uma vez que houve clara violação da regra probatória inerente ao princípio da presunção de inocência, não há como subsistir a condenação da acusada no tocante ao referido delito, por ausência de provas acerca da materialidade.

Permanece hígida a condenação da ré no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), haja vista que esta Corte Superior de Justiça entende que, para a configuração do referido delito, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente. Precedentes.

Embora remanescente apenas a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, deve ser mantida inalterada a imposição do regime inicial fechado. Isso porque, embora a acusada haja sido condenada a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, teve a pena-base desse delito fixada acima do mínimo legal, circunstância que, evidentemente, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da pena aplicada.

Ordem de habeas corpus concedida, a fim de absolver a paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0001004-55.2016.8.12.0017, por ausência de provas acerca da materialidade do delito. Extensão, de ofício, dos efeitos da decisão a todos os corréus, para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas.

(HC n. 686.312/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/4/2023, DJe de 19/4/2023.)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2023/0150769-5

**AgRg no
AREsp 2.354.065 /
RN
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 01006912520188200142 1006912520188200142

EM MESA

JULGADO: 19/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AGRAVADO : MANUEL CANDIDO

ADVOGADO : VINICIUS FERNANDES DE ALMEIDA - PB016925

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AGRAVADO : MANUEL CANDIDO

ADVOGADO : VINICIUS FERNANDES DE ALMEIDA - PB016925

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.