

**HABEAS CORPUS Nº 686.312 - MS (2021/0255481-2)**

**RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
IMPETRANTE : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
ADVOGADOS : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO  
GROSSO DO SUL  
PACIENTE : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO  
GROSSO DO SUL

**EMENTA**

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.

I. 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.

II. 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.

III. 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.

IV. 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.

V. 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".

VI. 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.

VII. 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.

VIII. 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).

IX. 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.

X. 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.

XI. 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.

XII. 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.

XIII. 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.

XIV. 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.

XV. 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 corrêus, para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, retomado o julgamento após o voto-vista antecipado (vista coletiva) do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando a divergência para conceder a ordem de habeas corpus para absolver a paciente do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fundamento no art. 386, II, do CPP, estendendo os efeitos da decisão para os demais corrêus, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) no mesmo sentido, por maioria, conceder a ordem de habeas corpus, a fim de absolver a paciente em relação à prática do

# *Superior Tribunal de Justiça*

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, estendendo, de ofício, os efeitos desta decisão a todos os corréus (Charles Duarte Dias, Janete Pereira Santana, Juliete dos Santos Barbosa, Júlio Cesar dos Santos, Lindomar de Almeida e Valdete Maria dos Santos), para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator), que não conhecia do habeas corpus. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator para o acórdão) os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 12 de abril de 2023

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 686312 - MS (2021/0255481-2)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
**CORRÉU** : LINDOMAR DE ALMEIDA  
**CORRÉU** : CHARLES DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : HENRIQUE DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : JANETE PEREIRA SANTANA  
**CORRÉU** : JULIO CESAR DOS SANTOS  
**CORRÉU** : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
**CORRÉU** : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS EM PODER DA AGENTE. OUTROS MEIOS APTOS A COMPROVAR O CRIME. LIGAÇÃO COM OUTRAS PESSOAS QUE DETINHAM OS ESTUPEFACIENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. DESCABIMENTO.

Diante do descabimento da via eleita, *habeas corpus* substitutivo não conhecido e prejudicado o pedido de fls. 3.005/3.008.

### RELATÓRIO

Estes autos foram a mim distribuídos por prevenção. Por aqui, relativamente à mesma ação penal (0001004-55.2016.8.12.0017 - *Operação Armadillo*), já tramitou, por exemplo, o AREsp n. 1.792.388/MS, interposto pelo corréu LINDOMAR DE ALMEIDA, único a insurgir-se contra o acórdão da apelação à época.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado no dia 9/8/2021 por Leonel Pavlak das

Neves, Sirlei T. Pavlak e Rubem Arias das Neves, em nome de SONIA ARRUDA DUARTE, condenada (ao lado de Charles Duarte Dias, Janete Pereira Santana, Juliete dos Santos Barbosa, Julio Cesar dos Santos, Lindomar de Almeida e Valdete Maria dos Santos) à pena de 11 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Os impetrantes apontam como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Em 20/8/2020, a Terceira Câmara Criminal negou provimento a todos os recursos defensivos, tendo escrito a seguinte ementa quanto à ora paciente (fls. 2.850/2.852):

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA RECURSO DOS RÉUS CHARLES DUARTE DIAS, JULIETE DOS SANTOS BARBOSA, JANETE PEREIRA SANTANA E SÔNIA ARRUDA DUARTE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE ENTORPECENTE IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS MATERIALIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS AUTORIAS E MATERIALIDADE DELITIVAS INDIVIDUAIS ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS DENUNCIADOS CONDENAÇÕES MANTIDAS DOSIMETRIA PENAL REDUÇÃO DAS PENAS-BASE NÃO POSSÍVEL MODULADORAS DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGAS, DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS EM DESFAVOR DO APELANTE CHARLES FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL VETORIAL DA NATUREZA DA DROGA CORRETAMENTE VALORADA EM DESFAVOR DA APELANTE JULIETE ADEQUADA CONSIDERAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DA RÉ JANETE CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS À APELANTE SÔNIA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM FAVOR DE SÔNIA NÃO INCIDÊNCIA AGENTE CONDENADA PELA PRÁTICA DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E QUE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI N. 11.343/06 MANTIDA EM DESFAVOR DOS APELANTES CHARLES E SÔNIA RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO IMPOSSIBILIDADE COM O PARECER, RECURSO DESPROVIDO.

I - A ausência de apreensão de entorpecente não inviabiliza a configuração do crime de tráfico, pois a materialidade delitiva pode ser comprovada por outros elementos idôneos de prova, a teor da regra prevista no artigo 167 do CPP. No caso, a farta prova documental, os conteúdos oriundos das interceptações telefônicas e os depoimentos dos policiais em juízo formam um conjunto probatório robusto em demonstrar a natureza das substâncias comercializadas e, por consectário, a materialidade do crime de tráfico de drogas.

II - Incabível falar em absolvição por insuficiência de provas, pois os elementos de convicção carreados aos autos, em especial os diálogos captados mediante autorização judicial, os diversos relatórios realizados durante a operação Armadillo e os depoimentos dos policiais, são conclusivos em comprovar as autorias dos recorrentes Charles Duarte Dias, Juliete dos Santos Barbosa, Janete Pereira Santana e Sônia Arruda Duarte nos delitos de tráfico e de associação para o tráfico. O conjunto probatório evidencia que o acusado Charles Duarte era o responsável por realizar a venda de drogas aos consumidores finais, tanto em sua

residência, cujo local é conhecido por se tratar de "boca de fumo", como em locais pré-determinados. A recorrente Sônia Arruda Duarte não somente consentia com o comércio de drogas realizado, em sua residência, por seus filhos Charles e Henrique, como também aderiu ao tráfico, auxiliando-os no armazenamento e na própria venda dos psicotrópicos. Por sua vez, a apelante Janete auxiliou o corréu Júlio César, à época seu convivente, nas atividades relacionadas ao tráfico de drogas, inclusive realizando atos de comércio. Por fim, a recorrente Juliete se dedicava à comercialização de drogas fornecidas por Júlio César na cidade de Batayporã.

III - Demonstrado que os acusados se associaram, de modo estável e permanente, para a prática do crime de tráfico, na medida em que formaram uma rede de abastecimento e distribuição de drogas na cidade de Nova Andradina, estruturada em hierarquia e com divisão de tarefas bem definidas, impõe-se a manutenção da sentença que os condenou como incurso no artigo 35 da Lei n. 11.343/06.

IV - Constatando-se que o apelante Charles vendeu elevada quantidade de drogas, pois é identificado em inúmeros diálogos atendendo pedidos de usuários para entregas dos mais variados tipos de entorpecentes, inclusive aqueles mais nocivos, como o crack e a cocaína, impõe-se a valoração negativa das moduladoras relativas à quantidade e natureza das substâncias, em virtude da maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma, conforme dicção do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

V - A fundamentação declinada na sentença, concernente ao fato de o apelante Charles manter conhecido e movimentado ponto de venda de drogas, evidencia a censurabilidade acentuada da conduta, justificando, por consectário, o demérito das circunstâncias do crime.

VI - Ressoa inequívoca a culpabilidade acentuada do apelante Charles na consecução do intento criminoso, pois ele coordenava o ponto de venda de drogas, exercendo liderança sobre os corréus Henrique e Sônia, bem como sobre o adolescente que o auxiliava na entrega dos psicotrópicos.

VII - A natureza da substância denominada cocaína, comercializada pela apelante Juliete, é reconhecidamente dotada de elevada nocividade, de modo que, por resultar em maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma (saúde pública), deve ser considerada como elemento prejudicial no âmbito da dosimetria penal.

VIII - Correta a valoração negativa dos antecedentes criminais da ré Janete Pereira Santana, pois, em consulta à certidão acostada aos autos, verifica-se que esta realmente possui condenação penal anterior transitada em julgado.

IX - A manutenção de ponto específico de comercialização de entorpecentes ("boca de fumo") constitui fator hábil a justificar o recrudescimento da pena-base da apelante Sônia.

X - Inviável a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à apelante Sônia Arruda, pois, além de ter sido condenada pelo crime de associação para o tráfico, esta se dedicava às atividades criminosas, auxiliando seus filhos na manutenção de um local conhecido como "boca de fumo".

XI - Comprovado que os recorrentes Charles e Sônia envolveram adolescente na prática do tráfico de drogas, a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 é medida adequada.

XII - É material (artigo 69 do Código Penal) o concurso que se forma entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas, pois trata-se de crimes autônomos entre si, praticados mediante condutas distintas, que podem consumar-se de forma independente.

XIII - Com o parecer, recurso desprovido.

Neste *writ*, requerem, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para absolver a paciente do delito de tráfico de drogas, com alegação de falta de materialidade do crime.

De acordo com os impetrantes, nenhuma droga restou apreendida e não há sequer laudo de constatação provisória de substância entorpecente nos autos, e a condenação está *pautada apenas em provas testemunhais, interceptações telefônicas e análises de aparelhos celulares apreendidos* (fl. 24).

Apontam, como caso análogo, o julgado pela Quinta Turma no AgRg no HC n. 646.511/RJ (DJe 26/4/2021).

Indeferi o pedido liminar (fls. 2.928/2.929).

Depois de prestadas informações (fls. 2.932/2.968), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício para absolver a paciente pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 2.972/2.983).

Foram apresentados memoriais (fls. 2.985/3.000) e pedidos de sustentação oral (fls. 3.001/3.002), de preferência (fls. 3.003/3.004) e de reconsideração da decisão liminar (fls. 3.005/3.009).

É o relatório.

## VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, uma vez que, antes mesmo do ajuizamento do *writ*, já havia ocorrido o trânsito em julgado da condenação da paciente, visto a ausência de insurgência, na origem, contra o acórdão da apelação.

Como visto no relatório, a paciente foi condenada (com outras 6 pessoas), ela, à pena total de 11 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão por incurso nas sanções dos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, pois, no âmbito da complexa *Operação Armadillo*, teria sido constatada a existência de grupo voltado para o tráfico de drogas e relacionado ao *Primeiro Comando Capital*, do qual a paciente seria integrante, tendo vendido, oferecido e adquirido, para fins de tráfico, maconha, cocaína e *crack*.

Para o Subprocurador-Geral da República Roberto dos Santos Ferreira

Leite, o enfrentamento da questão ora suscitada – absolvição por falta de materialidade delitiva – não está a demandar o aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, uma vez que, pelo que consta da sentença e do acórdão da apelação, *não foi apreendido psicotrópico ilícito em poder da acusada nem, por óbvio, se elaborou laudo toxicológico, tendo a instância ordinária amparado a sua condenação pelo delito de tráfico de drogas nas demais provas juntadas ao processo, a saber: 1) auto de apreensão; 2) laudo pericial referentes a objetos, documentos, mensagens de textos; 3) transcrição de diálogos advindos de interceptação telefônica; 4) depoimentos colhidos na fase judicial* (fl. 2.980).

Para a defesa e para o *Parquet* federal, parece ser incontroversa a questão; dessa forma, não é possível a condenação relativa ao crime de tráfico de drogas.

Bom, vejamos o que disseram Juiz e Tribunal a respeito dos fatos, valendo registrar que um dos precedentes citados pela Corte estadual é da minha relatoria: RHC n. 57.434/SP, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 23/9/2015.

Conforme a sentença (fls. 133/137):

**[...] A materialidade (existência) do fato previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 está comprovada por auto de apreensão, por laudo pericial em objetos, por documentos, por mensagens de textos, por interceptação telefônica, por depoimentos e por outros elementos de convencimento produzidos, tudo a atestar que eram vendidas substâncias tidas pelo Ministério da Saúde por droga (cocaína, crack e cannabis sativa), sem autorização legal ou regulamentar.**

**A autoria também restou estreme de dúvidas e recai sobre os acusados Charles Duarte Dias e Sônia Arruda Duarte, identificados por vários elementos probatórios produzidos durante complexa investigação, em especial diálogos interceptados por decisão judicial.** Esclareço que foi desnecessária a realização de perícia para identificação das vozes dos acusados, porque eles próprios forneceram elementos suficientes para serem identificados, visto que nas escutas alguns deles identificaram-se por nomes ou por alcunhas conhecidas ou assim foram chamados por outros agentes.

Charles é chamado de "Negão" por seus familiares Henrique e Sônia em vários diálogos, como, por exemplo, naquele mantido em 27/10/2015, às 22h50min (p. 1899). E essa alcunha é confirmada por Henrique em juízo.

**Sônia é chamada de mãe por Charles e por Henrique, como, por exemplo no diálogo de 19/09/2015, às 17h17min (p.1083).**

**Apesar da negativa, é certo que Charles e Sônia venderam drogas diretamente a usuários.**

Além de vários diálogos em que é possível identificar Charles tratando da aquisição de grande quantidade de drogas de Júlio Cesar, como por exemplo nos diálogos de 11/09/2015, às 16h28min, de 29/10/2015 (p. 1083). Charles também é notado tratando da aquisição de drogas com outros fornecedores, como nos diálogos de 05/11/2015, às 20h30min e de 09/11/2015, às 12h38min (p. 443 e 446). É também identificado tratando da troca de uma motocicleta por drogas em diálogo de 10/10/2015, às 11h35min (p. 386).

Em vários outros diálogos é possível identificar Charles efetivando a venda

de droga.

Em diálogo de 09/10/2015, às 21h55min, é possível identificar solicitação de usuário para entrega de várias porções de drogas, o que se entende por emprego dos termos "óleo", "vick" e "pó" (p. 1897).

Em outros diálogos mantidos em 07/10/2015, às 17h42min, em 10/10/2017, às 19h22min, 20h48min, 20h54min, 21h41min, em 12/10/2015, às 19h59min, em 13/10/2015, às 20h02min, em 19/09/2015, às 12h19min, em 15/10/2015, às 22h25min, em 17/10/2015, às 08h21min, em 18/10/2015, às 03h56min, em 22/10/2015, às 16h12min, em 04/11/2015, às 17h25min, em 05/11/2015, às 10h11min e às 14h32min e em 07/11/2015, às 02h58min, é possível identificar Charles atendendo às solicitações de usuários para entrega de drogas (p. 382, 388, 410, 279, 389, 393, 395, 397, 401, 441, 442, 445).

Em diálogo da mesma data, às 22h33min, Charles solicita que Henrique lhe entregue duas porções de cocaína ("duas paradas de pó") em local ("casa da piscina") conhecido pela aglomeração de jovens (p. 1895).

Em 28/10/2015, há mensagem em que Charles solicita que Henrique entregue droga para usuário.

Em 31/10/2015, constata-se mensagem de texto em que Charles acerta a entrega de cocaína ("poh") para usuário. Note-se, a propósito, a grande movimentação ocorrida no ponto de venda de drogas mantido pelos acusados.

Ademais, em mensagens de texto de 09/10/2015, Charles é identificado cobrando usuário por dívida de droga (p. 495). O mesmo se verifica em diálogo mantido por ele em 02/11/2015, às 15h34min (p. 440).

**Apesar da negativa, Sônia não só sabia do movimentado ponto de vendas existente em sua residência, mas também providenciou a entrega de drogas para usuários, valendo-se, por vezes, do adolescente C.G.D.T., seu sobrinho.**

Em diálogo de 08/10/2015, às 22h00min, Charles telefona para sua mãe Sônia e pede para que ela chame o adolescente C.G.D.T. para que ele entregasse droga para um usuário (p. 1878).

Em outro diálogo de 08/10/2015, às 13h56min, Henrique solicita a entrega de várias porções de droga ("uma caixa") por Charles e este escala o adolescente C.G.D.T. para cumprir essa tarefa (p. 1896).

Em diálogo de 19/09/2015, às 17h17min, Sônia avisa Charles sobre a presença de um usuário em sua residência com interesse na aquisição de droga e Charles esclarece que logo retornará para realização da venda (p. 1894).

Anoto que Charles ostenta condenações em 1º grau por tráfico de drogas ocorrido em 2014 (autos 0003247-40.2014.8.12.0017) e por dois roubos ocorridos em 11/11/2015 (autos 0004676-08.2015.8.12.0017).

**Repito que, conforme precedentes supracitados, a configuração do crime de tráfico de drogas independe da apreensão de droga, desde que haja elementos que comprovem a prática do crime, como é o caso dos autos.**

**Em outras palavras, os acusados mantiveram movimentado ponto de venda de drogas e também atenderam solicitações de usuários para entrega de drogas à domicílio ou em festas.**

Dessarte, sobejamente comprovada a tipicidade formal (houve conduta, resultado, nexos causal e adequação típica), a tipicidade material (criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a tipicidade subjetiva (os agentes tinham ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a antijuridicidade (comportamento não abrigado por causa justificante) e a culpabilidade (a pena é efetivamente necessária, os agentes são imputáveis, estavam conscientes do que fizeram e poderiam ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial.

Segundo o acórdão (fls. 60/84):

[...]

Inicialmente, no que tange à materialidade delitiva, questionada por todos os apelantes em suas razões, cumpre ressaltar que a ausência de apreensão de drogas não inviabiliza a configuração do crime de tráfico, notadamente quando outros elementos de convicção, tais como provas documentais e testemunhais, forem capazes de tornar indubitosa a respectiva prática criminosa.

[...]

**Conforme restou asseando no julgamento do recurso acima referido, na hipótese dos autos, os policiais civis relataram que não obtiveram êxito na apreensão de entorpecentes em poder dos réus, haja vista que estes, possivelmente, tiveram informações de que seriam cumpridos os respectivos mandados de busca e apreensão, da mesma forma que, em momento anterior, alguns deles souberam que estavam sendo interceptados.**

Não se pode esquecer que o artigo 158 do Código de Processo Penal exige a realização do laudo de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios.

Contudo, ciente de que há casos em que não é mais possível a realização de perícia, o legislador pátrio estabeleceu que, quando os vestígios tiverem desaparecido, impedindo a realização do laudo, o lapso pode ser suprido até mesmo pela prova testemunhal. A respeito do assunto, a regra prevista no artigo 167 do Código de Processo Penal claramente prevê que "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

**No caso em exame, embora não tenha ocorrido a apreensão de droga em poder dos apelantes, a materialidade do delito de tráfico restou cabalmente demonstrada por meio dos autos de apreensão, dos laudos de exames periciais em objetos (p. 1690-1695, 1696-1705, 1706-1714, 1715-1722, 1723-1730, 1731-1738, 1739-1745, 1746-1757, 1758-1769, 1770-1778, 1779-1786, 1787-1794 e 1795-1804), do material oriundo das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, dos depoimentos testemunhais e dos demais elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal, tudo a evidenciar que os acusados adquiriam, vendiam e ofereciam drogas, tais como maconha, cocaína e crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.**

Ressalta-se, quanto a este ponto, que os relatórios de transcrições das interceptações telefônicas revelam diálogos em que diversos acusados conversam sobre a qualidade das drogas comercializadas pelo referido grupo criminoso, não deixando dúvidas quanto à natureza dos psicotrópicos e aos efeitos que lhes são inerentes.

Ademais, a subsistência dos recorrentes no mercado ilícito de drogas, inclusive com atuação bastante expressiva, em virtude da alta procura por usuários que naturalmente buscam produtos capazes de suprir suas necessidades químicas, também constitui prova cabal da natureza e do potencial ofensivo das substâncias comercializadas.

Portanto, diante do farto conjunto probatório, tem-se por satisfatoriamente comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas.

II. II. B) Da autoria delitiva.

Em relação à autoria, a análise do conjunto probatório será realizada por escalão da associação criminosa narrada na denúncia.

[...]

c) 3º escalão: Dos apelantes Charles Duarte Dias, Sônia Arruda Duarte e Juliete dos Santos Barbosa.

Conforme restou apurado, o terceiro escalão da cadeia criminosa em evidência era formado pelos comerciantes de entorpecentes aos consumidores finais, nos locais popularmente conhecidos como "bocas de fumo".

[...]

Restou comprovado, ainda, que a corré Sônia Arruda Duarte não somente consentia com o comércio ilícito de entorpecentes realizado, em sua residência, por seus filhos Charles e Henrique, como também aderiu ao tráfico, auxiliando-os no armazenamento e na própria venda dos psicotrópicos.

Em diálogo interceptado em 19/09/2015, às 17h17min, Sônia avisa para Charles que tem um usuário em sua residência interessado na aquisição de droga, ocasião em que Charles responde que está indo lá. Confira-se (p.1894):

“CHARLES: Oi, mãe.

SÔNIA: Tem um cara querendo meia.

CHARLES: Oi?

SÔNIA: Tem um cara querendo meia.

CHARLES: Eu vou aí. Falou. SÔNIA: Falou.” Na data de 08/10/2015, às 22h00min, Charles telefona para Sônia e pede para que ela chame o adolescente C. G. D. T., para que este efetuasse a entrega de droga para um usuário que está indo até sua residência (p. 383, p. 834 e p. 1878).

Em diálogo ocorrido em 01/11/2015, às 19h55min, Sônia é mais uma vez identificada dizendo para Charles “que tem um menino lá querendo o negócio, fala que é o DIONE da moto” (p. 440 e p. 857).

Em 11/11/2015, precisamente às 16h10min, é possível identificar Charles perguntando “para Mãe (Sônia) se está cheio de polícia na Vila”, sendo por ela informado que “passou um baixinho com um magrão lá pra cima”.

Charles pede para que ela diga, caso perguntem, que ele está para a fazenda trabalhando (p. 447).

Outrossim, em conversa interceptada em 31/10/2015, às 20h08min, Charles faz negociação ilícita com um homem e, inclusive, menciona que sua genitora está ouvindo tudo (p. 856).

Em diálogo verificado no dia 04/11/2015, às 09h46min, Charles fala com Sônia e esta menciona que está na agência bancária e tem R\$8.200,00 (oito mil e duzentos reais) em sua conta (p. 530).

Noutra ocasião, Charles fala para terceira pessoa passar em sua casa e pegar com o “pessoal dele” uma porção de R\$50,00, pois onde ele está já acabou (conversa captada em 11/11/2015, às 08h04min p. 840).

Como se vê, ressoa inequívoco dos autos que os irmãos Charles e Henrique realizavam intenso comércio de drogas na residência de Sônia, cujo local era constantemente frequentado por usuários, restando demonstrado que esta os auxiliava no exercício da traficância.

Apesar de serem poucos os diálogos em que Sônia é identificada, tal circunstância se justifica pelo fato de todos residirem sob o mesmo teto, exatamente no local onde o comércio ilícito de drogas era desenvolvido. Por esse motivo, eles evitavam de se comunicar por telefone, mesmo porque fica nítida a intenção dos apelantes de não expor a atuação criminosa de Sônia, embora nem sempre tenha sido possível.

A demonstrar tal desiderato, em diálogo ocorrido no dia 17/10/2015, às 16h22min, Charles chama Sônia de “Mãe” e está prontamente responde que já falou para ele não mandar mensagem assim, orientando-o a ir direto ao assunto (p. 507).

Junto a isso, é certo que os apelantes contavam com a colaboração do menor C. G. D. T. na entrega das drogas para os usuários, notadamente quando Charles e Henrique não se encontravam na residência, como se vê dos diálogos já destacados, fato que minimizava a exposição de Sônia.

A propósito, em diálogo interceptado em 16/10/2015, às 00h14min e 00h18min (p. 393), Charles recebe a ligação de Cauã, o qual lhe informa que tem um cara lá querendo “uma parada”. Charles fala para Cauã “que se não conhece o cara” não é para vender, e, em seguida, “pergunta da mãe e do PITOCO se estão lá”, sendo respondido por Cauã que “não estão”. [...]

Como se observa, o envolvimento do núcleo familiar dos apelantes na traficância desenvolvida ressoa cristalino dos elementos de convicção, notadamente porque mantinham movimentado ponto de venda de drogas no município de Nova Andradina, não havendo dúvidas acerca de suas autorias no delito em questão.

[...]

Fazendo minhas as palavras da Ministra Maria Thereza, *de fato, o delito de tráfico 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. Nessa linha de raciocínio, a depender do verbo contido no tipo para a consumação do ilícito, a meu ver é possível denunciar 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 persecução.*

E, recentemente, esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ (AgRg no AREsp n. 1.471.280/SC, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 3/6/2020). Em outras palavras, a questão em si é controvertida, pois há julgados dispondo que a não apreensão de droga não torna a conduta atípica se houver outros elementos aptos a comprovar o crime de tráfico (AgRg no HC n. 678.364/RJ, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 13/8/2021). Ainda: AgRg no HC n. 722.087/SP, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, DJe 13/5/2022; AgRg no AREsp n. 1.116.262/GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/11/2018; e AgRg no AREsp n. 963.347/RO, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/11/2017.

Afora isso, não é indubitável que não houve a apreensão de qualquer entorpecente na posse de terceiro não denunciado ou em processos oriundos da mesma operação criminal.

E, para averiguar se estava delineada a ligação da paciente com outros integrantes do mesmo grupo criminoso que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito, seria indispensável o revolvimento de fatos e de provas, providência essa inadmissível neste âmbito.

Pelo exposto, diante do descabimento da via eleita, **não conheço** deste

*habeas corpus* substitutivo. **Julgo prejudicado** o pedido de fls. 3.005/3.008.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0255481-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 686.312 / MS  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010045520168120017 10045520168120017 14001907520178120000

EM MESA

JULGADO: 24/08/2022

**Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
ADVOGADOS : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
CORRÉU : LINDOMAR DE ALMEIDA  
CORRÉU : CHARLES DUARTE DIAS  
CORRÉU : HENRIQUE DUARTE DIAS  
CORRÉU : JANETE PEREIRA SANTANA  
CORRÉU : JULIO CESAR DOS SANTOS  
CORRÉU : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
CORRÉU : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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**

A Dra. Sirlei Terezinha Pavlak Chiyoshi sustentou oralmente pela parte Paciente: Sonia Arruda Duarte (Preso).

**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, não conhecendo do habeas corpus substitutivo e julgando prejudicado o pedido de fls. 3.005/3.008, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 686312 - MS (2021/0255481-2)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO  
DO SUL  
**PACIENTE** : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
**CORRÉU** : LINDOMAR DE ALMEIDA  
**CORRÉU** : CHARLES DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : HENRIQUE DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : JANETE PEREIRA SANTANA  
**CORRÉU** : JULIO CESAR DOS SANTOS  
**CORRÉU** : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
**CORRÉU** : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO  
DO SUL

### VOTO-VISTA

#### I. Contextualização

**SONIA ARRUDA DUARTE** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (Apelação Criminal n. 0001004-55.2016.8.12.0017).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 11 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c/c o art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/2006 – Operação Armadillo.

A defesa aduz, em síntese, que não houve a apreensão de nenhuma

substância entorpecente – e, por conseguinte, não houve a feitura de nenhum laudo toxicológico –, circunstância que deve conduzir à absolvição da paciente quanto ao crime de tráfico de drogas, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.

Pondera que provas diversas, tais como depoimentos testemunhais e relatórios oriundos de interceptações telefônicas, não afastam a imprescindibilidade de apreensão de droga para que a materialidade delitiva possa ser comprovada.

Em 16/8/2002, levado o feito para ser julgado perante a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, o colegiado, à unanimidade, decidiu afetar o julgamento do processo à Terceira Seção.

Na sessão do dia 24/8/2022, o eminente relator, Ministro **Sebastião Reis Júnior**, votou pelo não conhecimento do habeas corpus. Reportando-se a precedentes desta Corte, afirmou, em síntese, que "a ausência de apreensão de substância entorpecente não deságua, inexoravelmente, na falta de materialidade", bem como que "a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas".

Na ocasião, **pedi vista dos autos** para melhor exame da matéria posta em discussão.

## **II. Delimitação da controvérsia**

O Juiz sentenciante, ao entender pela prática do crime de tráfico de drogas pela paciente, assim fundamentou, no que interessa (fls. 133-137, destaquei):

[...]

**A materialidade (existência) do fato previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 está comprovada por auto de apreensão, por laudo pericial em objetos, por documentos, por mensagens de**

**textos, por interceptação telefônica, por depoimentos e por outros elementos de convencimento produzidos, tudo a atestar que eram vendidas substâncias tidas pelo Ministério da Saúde por droga (cocaína, crack e cannabis sativa), sem autorização legal ou regulamentar.**

A autoria também restou estreme de dúvidas e recai sobre os acusados Charles Duarte Dias e Sônia Arruda Duarte, identificados por vários elementos probatórios produzidos durante complexa investigação, em especial diálogos interceptados por decisão judicial. Esclareço que foi desnecessária a realização de perícia para identificação das vozes dos acusados, porque eles próprios forneceram elementos suficientes para serem identificados, visto que nas escutas alguns deles identificaram-se por nomes ou por alcunhas conhecidas ou assim foram chamados por outros agentes.

Charles é chamado de "Negão" por seus familiares Henrique e Sônia em vários diálogos, como, por exemplo, naquele mantido em 27/10/2015, às 22h50min (p. 1899). E essa alcunha é confirmada por Henrique em júízo.

Sônia é chamada de mãe por Charles e por Henrique, como, por exemplo no diálogo de 19/09/2015, às 17h17min (p.1083).

Apesar da negativa, é certo que Charles e Sônia venderam drogas diretamente a usuários.

Além de vários diálogos em que é possível identificar Charles tratando da aquisição de grande quantidade de drogas de Júlio Cesar, como por exemplo nos diálogos de 11/09/2015, às 16h28min, de 29/10/2015 (p. 1083). Charles também é notado tratando da aquisição de drogas com outros fornecedores, como nos diálogos de 05/11/2015, às 20h30min e de 09/11/2015, às 12h38min (p. 443 e 446). É também identificado tratando da troca de uma motocicleta por drogas em diálogo de 10/10/2015, às 11h35min (p. 386).

Em vários outros diálogos é possível identificar Charles efetivando a venda de droga.

Em diálogo de 09/10/2015, às 21h55min, é possível identificar solicitação de usuário para entrega de várias porções de drogas, o que se entende por emprego dos termos "óleo", "vick" e "pó" (p. 1897).

Em outros diálogos mantidos em 07/10/2015, às 17h42min, em 10/10/2015, às 19h22min, 20h48min, 20h54min, 21h41min, em 12/10/2015, às 19h59min, em 13/10/2015, às 20h02min, em 19/09/2015, às 12h19min, em 15/10/2015, às 22h25min, em 17/10/2015, às 08h21min, em 18/10/2015, às 03h56min, em 22/10/2015, às 16h12min, em 04/11/2015, às 17h25min, em 05/11/2015, às 10h11min e às 14h32min e em 07/11/2015, às 02h58min, é possível identificar Charles atendendo às solicitações de usuários para entrega de drogas (p. 382, 388, 410, 279, 389, 393, 395, 397, 401, 441, 442, 445).

Em diálogo da mesma data, às 22h33min, Charles solicita que Henrique lhe entregue duas porções de cocaína ("duas paradas de pó") em local ("casa da piscina") conhecido pela aglomeração de jovens (p. 1895).

Em 28/10/2015, há mensagem em que Charles solicita que

Henrique entregue droga para usuário.

**Em 31/10/2015, constata-se mensagem de texto em que Charles acerta a entrega de cocaína ("poh") para usuário. Note-se, a propósito, a grande movimentação ocorrida no ponto de venda de drogas mantido pelos acusados.**

Ademais, em mensagens de texto de 09/10/2015, Charles é identificado cobrando usuário por dívida de droga (p. 495). O mesmo se verifica em diálogo mantido por ele em 02/11/2015, às 15h34min (p. 440).

Apesar da negativa, Sônia não só sabia do movimentado ponto de vendas existente em sua residência, mas também providenciou a entrega de drogas para usuários, valendo-se, por vezes, do adolescente C.G.D.T., seu sobrinho.

Em diálogo de 08/10/2015, às 22h00min, Charles telefona para sua mãe Sônia e pede para que ela chame o adolescente C.G.D.T. para que ele entregasse droga para um usuário (p. 1878).

Em outro diálogo de 08/10/2015, às 13h56min, Henrique solicita a entrega de várias porções de droga ("uma caixa") por Charles e este escala o adolescente C.G.D.T. para cumprir essa tarefa (p. 1896).

Em diálogo de 19/09/2015, às 17h17min, Sônia avisa Charles sobre a presença de um usuário em sua residência com interesse na aquisição de droga e Charles esclarece que logo retornará para realização da venda (p. 1894).

Anoto que Charles ostenta condenações em 1º grau por tráfico de drogas ocorrido em 2014 (autos 0003247-40.2014.8.12.0017) e por dois roubos ocorridos em 11/11/2015 (autos 0004676-08.2015.8.12.0017).

**Repito que, conforme precedentes supracitados, a configuração do crime de tráfico de drogas independe da apreensão de droga, desde que haja elementos que comprovem a prática do crime, como é o caso dos autos.**

Em outras palavras, os acusados mantiveram movimentado ponto de venda de drogas e também atenderam solicitações de usuários para entrega de drogas à domicílio ou em festas.

Dessarte, sobejamente comprovada a tipicidade formal (houve conduta, resultado, nexos causal e adequação típica), a tipicidade material (criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a tipicidade subjetiva (os agentes tinham ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a antijuridicidade (comportamento não abrigado por causa justificante) e a culpabilidade (a pena é efetivamente necessária, os agentes são imputáveis, estavam conscientes do que fizeram e poderiam ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial.

A Corte estadual, por sua vez, também entendeu devidamente comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas, ocasião em que

despendeu os seguintes fundamentos (fls. 60-84, grifei):

**Inicialmente, no que tange à materialidade delitiva, questionada por todos os apelantes em suas razões, cumpre ressaltar que a ausência de apreensão de drogas não inviabiliza a configuração do crime de tráfico, notadamente quando outros elementos de convicção, tais como provas documentais e testemunhais, forem capazes de tornar indubitosa a respectiva prática criminosa.**

[...]

**Conforme restou assestado no julgamento do recurso acima referido, na hipótese dos autos, os policiais civis relataram que não obtiveram êxito na apreensão de entorpecentes em poder dos réus, haja vista que estes, possivelmente, tiveram informações de que seriam cumpridos os respectivos mandados de busca e apreensão, da mesma forma que, em momento anterior, alguns deles souberam que estavam sendo interceptados.**

Não se pode esquecer que o artigo 158 do Código de Processo Penal exige a realização do laudo de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios.

Contudo, ciente de que há casos em que não é mais possível a realização de perícia, o legislador pátrio estabeleceu que, quando os vestígios tiverem desaparecido, impedindo a realização do laudo, o lapso pode ser suprido até mesmo pela prova testemunhal. A respeito do assunto, a regra prevista no artigo 167 do Código de Processo Penal claramente prevê que "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

**No caso em exame, embora não tenha ocorrido a apreensão de droga em poder dos apelantes, a materialidade do delito de tráfico restou cabalmente demonstrada por meio dos autos de apreensão, dos laudos de exames periciais em objetos (p. 1690-1695, 1696-1705, 1706-1714, 1715-1722, 1723-1730, 1731-1738, 1739-1745, 1746-1757, 1758-1769, 1770-1778, 1779-1786, 1787-1794 e 1795-1804), do material oriundo das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, dos depoimentos testemunhais e dos demais elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal, tudo a evidenciar que os acusados adquiriam, vendiam e ofereciam drogas, tais como maconha, cocaína e crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.**

Ressalta-se, quanto a este ponto, que os relatórios de transcrições das interceptações telefônicas revelam diálogos em que diversos acusados conversam sobre a qualidade das drogas comercializadas pelo referido grupo criminoso, não deixando dúvidas quanto à natureza dos psicotrópicos e aos efeitos que lhes são inerentes.

Ademais, a subsistência dos recorrentes no mercado ilícito de drogas, inclusive com atuação bastante expressiva, em virtude da alta procura por usuários que naturalmente buscam produtos

capazes de suprir suas necessidades químicas, também constitui prova cabal da natureza e do potencial ofensivo das substâncias comercializadas.

Portanto, diante do farto conjunto probatório, tem-se por satisfatoriamente comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas.

II. II. B) Da autoria delitiva.

Em relação à autoria, a análise do conjunto probatório será realizada por escalão da associação criminosa narrada na denúncia.

[...]

c) 3º escalão: Dos apelantes Charles Duarte Dias, Sônia Arruda Duarte e Juliete dos Santos Barbosa.

Conforme restou apurado, o terceiro escalão da cadeia criminosa em evidência era formado pelos comerciantes de entorpecentes aos consumidores finais, nos locais popularmente conhecidos como “bocas de fumo”.

[...]

Restou comprovado, ainda, que a corré Sônia Arruda Duarte não somente consentia com o comércio ilícito de entorpecentes realizado, em sua residência, por seus filhos Charles e Henrique, como também aderiu ao tráfico, auxiliando-os no armazenamento e na própria venda dos psicotrópicos.

Em diálogo interceptado em 19/09/2015, às 17h17min, Sônia avisa para Charles que tem um usuário em sua residência interessado na aquisição de droga, ocasião em que Charles responde que está indo lá. Confira-se (p.1894):

“CHARLES: Oi, mãe.

SÔNIA: Tem um cara querendo meia.

CHARLES: Oi?

SÔNIA: Tem um cara querendo meia.

CHARLES: Eu vou aí. Falou. SÔNIA: Falou.” Na data de 08/10/2015, às 22h00min, Charles telefona para Sônia e pede para que ela chame o adolescente C. G. D. T., para que este efetuasse a entrega de droga para um usuário que está indo até sua residência (p. 383, p. 834 e p. 1878).

Em diálogo ocorrido em 01/11/2015, às 19h55min, Sônia é mais uma vez identificada dizendo para Charles “que tem um menino lá querendo o negócio, fala que é o DIONE da moto” (p. 440 e p. 857).

Em 11/11/2015, precisamente às 16h10min, é possível identificar Charles perguntando “para Mãe (Sônia) se está cheio de polícia na Vila”, sendo por ela informado que “passou um baixinho com um magrão lá pra cima”.

Charles pede para que ela diga, caso perguntem, que ele está para a fazenda trabalhando (p. 447).

Outrossim, em conversa interceptada em 31/10/2015, às 20h08min, Charles faz negociação ilícita com um homem e, inclusive, menciona que sua genitora está ouvindo tudo (p. 856).

Em diálogo verificado no dia 04/11/2015, às 09h46min, Charles fala com Sônia e esta menciona que está na agência bancária e tem R\$8.200,00 (oito mil e duzentos reais) em sua conta (p. 530).

Noutra ocasião, Charles fala para terceira pessoa passar em sua

casa e pegar com o “pessoal dele” uma porção de R\$50,00, pois onde ele está já acabou (conversa captada em 11/11/2015, às 08h04min p. 840).

Como se vê, ressoa inequívoco dos autos que os irmãos Charles e Henrique realizavam intenso comércio de drogas na residência de Sônia, cujo local era constantemente frequentado por usuários, restando demonstrado que esta os auxiliava no exercício da traficância.

Apesar de serem poucos os diálogos em que Sônia é identificada, tal circunstância se justifica pelo fato de todos residirem sob o mesmo teto, exatamente no local onde o comércio ilícito de drogas era desenvolvido. Por esse motivo, eles evitavam de se comunicar por telefone, mesmo porque fica nítida a intenção dos apelantes de não expor a atuação criminosa de Sônia, embora nem sempre tenha sido possível.

A demonstrar tal desiderato, em diálogo ocorrido no dia 17/10/2015, às 16h22min, Charles chama Sônia de “Mãe” e está prontamente responde que já falou para ele não mandar mensagem assim, orientando-o a ir direto ao assunto (p. 507).

Junto a isso, é certo que os apelantes contavam com a colaboração do menor C. G. D. T. na entrega das drogas para os usuários, notadamente quando Charles e Henrique não se encontravam na residência, como se vê dos diálogos já destacados, fato que minimizava a exposição de Sônia.

A propósito, em diálogo interceptado em 16/10/2015, às 00h14min e 00h18min (p. 393), Charles recebe a ligação de Cauã, o qual lhe informa que tem um cara lá querendo “uma parada”. Charles fala para Cauã "que se não conhece o cara" não é para vender, e, em seguida, “pergunta da mãe e do PITOCO se estão lá”, sendo respondido por Cauã que “não estão”. [...]

Como se observa, o envolvimento do núcleo familiar dos apelantes na traficância desenvolvida ressoa cristalino dos elementos de convicção, notadamente porque mantinham movimentado ponto de venda de drogas no município de Nova Andradina, não havendo dúvidas acerca de suas autorias no delito em questão.

É indubitável, pois, que, no caso, **não houve a apreensão de nenhuma substância entorpecente**. Contudo, segundo as instâncias ordinárias, a materialidade do crime de tráfico de drogas ainda assim ficou devidamente comprovada, com base essencialmente nos seguintes elementos probatórios: **a) auto de apreensão; b) laudos de exames periciais em objetos, documentos, mensagens de texto; c) transcrição dos diálogos advindos das interceptações judicialmente autorizadas; d) depoimentos testemunhais colhidos na fase da instrução criminal.**

O cerne da controvérsia posta neste habeas corpus, portanto, cinge-se, basicamente, a saber se é possível a condenação de alguém pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, quando não há, no processo, apreensão de nenhuma substância entorpecente, **ainda que haja, por exemplo, provas documentais e/ou testemunhais robustas que, em tese, comprovem a prática do delito.**

### **III. Entendimento da matéria no âmbito da Quinta e da Sexta Turma**

Já de início, esclareço que o tema objeto deste *writ* não encontra solução pacífica no âmbito desta Corte.

Na **Quinta Turma**, há uma tendência em se reconhecer como possível a condenação por crime de tráfico de drogas, mesmo quando não há apreensão de droga, desde que haja outros elementos aptos a comprovar a prática do delito, tais como depoimentos de testemunhas e provas obtidas por meio de interceptações telefônicas. Exemplificativamente:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO RECHAÇADA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR A CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, RELATÓRIOS DE INVESTIGATIVOS E OS DIVERSOS DIÁLOGOS COLHIDOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MODIFICAÇÃO DO JULGADO A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. ALEGAÇÃO DE NÃO APREENSÃO DE DROGA COM O PACIENTE. COMÉRCIO ESPÚRIO ATESTADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. INCIDÊNCIA LASTREADA NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTOS POLICIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO A REQUERER REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - Pedido de absolvição. Pretensão rechaçada. Elementos probatórios a amparar a condenação. A Corte de origem atestou a

prática do tráfico ilícito de entorpecentes e da associação para o tráfico, destacando, para tanto, os depoimentos dos policiais, os relatórios de investigativos e os diversos diálogos colhidos por meio de interceptação telefônica. Desta feita, afastar a condenação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

III - De mais a mais, esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ (AgRg no AREsp n. 1.471.280/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 03/06/2020).

V - Pedido de exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas. As ações delitivas do paciente e dos demais corréus, segundo as interceptações telefônicas e os relatos dos policiais, visavam levar entorpecentes para dentro de estabelecimento prisional. Além disso, a Corte de origem afirmou que todos os corréus sabiam dessa circunstância. Assim, alterar o julgado, segundo as alegações defensivas, requer o revolvimento do conjunto fático probatório, situação obstada no âmbito do remédio heroico.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 722.087/SP, Rel. Ministro **Jesuíno Rissato** (Desembargador convocado do TJDFT), 5ª T., DJe 13/5/2022).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO INCONTROVERSO. MATÉRIA DE PROVA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. É inviável em habeas corpus apreciar alegações referentes à absolvição da prática do crime de tráfico de entorpecentes se as instâncias ordinárias consideraram incontroversas a materialidade e a autoria do delito com base na análise do acervo probatório e de modo fundamentado.

4. A não apreensão de droga não torna a conduta atípica se houver outros elementos aptos a comprovar o crime de tráfico.

[...]

6. Agravo regimental parcialmente provido. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir a majorante a 1/6, redimensionando-se a pena final para 20 anos, 9 meses e 24 dias de reclusão e 1.947 dias-multa.

(AgRg no HC n. 678.364/RJ, Rel. Ministro **João Otávio de**

No entanto, **mesmo no âmbito da Quinta Turma**, há julgados em que se entendeu ser imprescindível a apreensão de droga para a comprovação da materialidade do crime de tráfico, dentre os quais destaco os seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. PLEITO CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ.AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento do Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que é firme no sentido de que a apreensão de drogas é imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

2. Concluindo o Tribunal de origem pela insuficiência de elementos probatórios a sustentar a condenação, a desconstituição de tal entendimento dependeria de novo exame do conjunto fático-probatório carreado aos autos, providência vedada conforme o enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido.

**(AgRg no AREsp n. 1.798.272/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 27/9/2021).**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo toxicológico implica na absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva, e não na nulidade do processo. Foi ressalvada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva está amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente.

2. Segundo se infere dos autos, a sentença pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 tem como fundamento apenas depoimentos testemunhais e informações extraídas de

interceptações telefônicas judicialmente autorizadas. Não houve a apreensão da droga e, obviamente, inexistiu o laudo de exame toxicológico, único elemento hábil a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas. Assim, de rigor a absolvição do ora agravado do delito de tráfico de drogas, porquanto ausente prova da materialidade.

3. Agravo regimental não provido.

**(AgRg no HC n. 646.511/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 26/4/2021).**

Na **Sexta Turma**, os julgados mais recentes entendem ser imprescindível, para a demonstração da materialidade do crime de tráfico, a apreensão de droga.

A propósito, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO ART. 158, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AO ART. 50, § 1.º, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "[é] imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas" (REsp n. 1.865.038/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/09/2020).

2. Agravo regimental desprovido.

**(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.878.432/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 18/8/2022).**

[...]

4. Não houve nenhuma apreensão de droga. Embora a sentença se refira à apreensão de 170 Kg de maconha, em verdade, reporta-se à matéria jornalística por fatos diversos dos ora apurados, relativos a agente não denunciado na presente ação penal. Assim, deve o Agravante ser absolvido por ausência de materialidade delitiva quanto ao tráfico de drogas (vencida a Relatora neste ponto).

5. A alegada ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal igualmente não prospera, pois a condenação não está lastreada apenas nos depoimentos extrajudiciais, mas também nos testemunhos judiciais de diversos agentes policiais que participaram da investigação.

6. Como a menoridade dos jovens foi comprovada por documento público e, ademais, as instâncias ordinárias, soberanas na análise

fático-probatória, concluíram pela efetiva prática do crime de corrupção de menores, a desconstituição da condenação por este crime igualmente implicaria reexame de provas, o que é vedado no recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7/STJ.

[...]

8. Agravo regimental parcialmente provido para, reconhecendo a ausência de materialidade delitiva, absolver o Agravante pelo delito de tráfico de drogas.

(AgRg no AREsp n. 1.335.772/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 27/2/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE EXAME DE VOZ. FUNDAMENTADO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. NÃO APREENSÃO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE.

[...]

4. "É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas" (REsp n. 1.865.038/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 4/9/2020).

5. No caso, não havendo apreensão de nenhuma substância ilícita em poder de qualquer dos acusados, deve o ora agravante ser absolvido pela prática da conduta prevista no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por ausência de materialidade delitiva.

[...]

8. Agravo regimental provido em parte, a fim de absolver o agravante da prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, diante da ausência de comprovação da materialidade delitiva. Nos termos do art. 580 do CPP, ficam estendidos os efeitos da decisão absolutória à corré Ingrid Ribeiro Ramos.

(AgRg no REsp n. 1.661.427/MG, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 25/4/2022).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. APREENSÃO DE DROGAS INEXISTENTE. IMPRESCINDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DOS CORREUS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO DEMONSTRADOS. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO PACIENTE. IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL. EFEITO EXTENSIVO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. "É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas" (REsp 1865038/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/8/2020, DJe4/9/2020).

2. Encontrando-se a sentença condenatória lastreada apenas nas interceptações telefônicas sobre a negociação da droga, deve ser o paciente absolvido por ausência de materialidade do crime de tráfico.

3. Tendo a Corte estadual, em relação aos corréus, concluído que não restou demonstrada a estabilidade e permanência aptas a configurar o crime de associação para o tráfico, não se faz possível, pelos mesmos fatos, em processo apartado, manter a condenação do paciente, devendo ser aplicado o efeito extensivo.

4. A lei estipula que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal (art. 580 – CPP).

5. Constatada a existência de identidade fático-processual entre o paciente e os corréus beneficiados com a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, é devida a pretendida extensão do julgado. 6. Concessão do habeas corpus. Absolvição do paciente em relação às imputações previstas nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 (art. 386, VII e 580 – CPP).

(HC n. 681.724/MG, Rel. Ministro **Olindo Menezes** (Desembargador convocado do TRF1), 6ª T., DJe 5/11/2021).

A discussão travada neste habeas corpus também não encontra solução unívoca no **Supremo Tribunal Federal** e o Pleno, por sua vez, ainda não decidiu acerca da matéria.

Registro, no entanto, que, por ocasião do julgamento do **HC n. 130.265/DF** (DJe 13/6/2016), de relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, a Segunda Turma do STF confirmou a validade de outras provas, que não propriamente a apreensão da substância entorpecente, para atestar a materialidade do delito de tráfico de drogas, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. NÃO APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. COMPROVAÇÃO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A falta de laudo pericial não conduz, necessariamente, à inexistência de prova da materialidade de crime que deixa vestígios, a qual pode ser demonstrada, em casos excepcionais, por outros elementos probatórios constante dos autos da ação

penal (CPP, art. 167). Precedentes.

2. A via estreita do habeas corpus não permite refutar o robusto conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, que atesta a existência da infração penal.

3. Ordem denegada.

#### **IV. Discussões semelhantes no âmbito da Terceira Seção**

Embora a matéria trazida a debate não esteja pacificada no âmbito desta Corte, certo é que **discussões semelhantes** já foram objeto de análise por este colegiado.

Em 24/8/2016, 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. Admitiu-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.

Ainda, 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 apreciou se a realização de exame toxicológico definitivo seria imprescindível para a verificação da materialidade do delito nos crimes de tráfico de entorpecentes em que ocorre a apreensão da droga e, como questionamento secundário, se a ausência do referido laudo acarretaria: a) a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito (art. 386, II, do CPP), ou b) a nulidade da sentença proferida sem a juntada do aludido documento – que corresponde à sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais –, com a reabertura do prazo para a sua juntada ou mesmo a sua produção.

Em seu voto, o relator apresentou uma distinção entre o laudo provisório

(de constatação da natureza e quantidade da droga) e o laudo definitivo, ocasião em que apresentou os seguintes argumentos para diferenciar um do outro:

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.

Ainda, também ponderou o eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que, "a depender do grau de complexidade e de nocividade 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" (p. 8-9), com a afirmação, logo na sequência, de que "o laudo toxicológico definitivo é **imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito** e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova" (p. 9, destaquei).

E, com essas considerações, **a Terceira Seção 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, dotado de certeza idêntica à 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.

O que se infere desse julgado é 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 naquele julgamento por esta colenda Terceira Seção, 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.

## **V. Norma penal em branco**

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".

Em acréscimo, estabelece o art. 66 da referida lei que, "para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998". Verifica-se, então, que,

sistematicamente, por uma opção legislativa, o art. 66 ampliou o universo de incidência dos comandos proibitivos penais.

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.**

Dessa forma, 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. Exemplificativamente, menciono o **álcool**.

Para melhor elucidação da matéria, cito a seguinte situação hipotética: suponhamos que determinado traficante de drogas esteja negociando por telefone a venda de **cocaína** com um terceiro. Diálogos captados por meio de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas evidenciaram a negociação das substâncias, o ajuste de valores, a data e o local da entrega. Estaríamos, portanto, diante de uma situação **aparentemente** caracterizadora da prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

No entanto, para a perfectibilização do tipo, 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(ele) efetivamente está prevista(o) **na Portaria n. 344/1998 da Anvisa**. Isso porque somente assim é que se terá a exatidão de que a substância negociada/vendida/entregue a consumo de terceiros **é, de fato, cocaína, e não talco ou farinha, por exemplo**. E, se for talco ou mesmo farinha, evidentemente não estaremos diante do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, pelo simples fato de que essas substâncias não estão elencadas na referida portaria da

Anvisa como sendo entorpecentes, psicotrópicas, precursoras ou sob controle especial.

Embora o exemplo mencionado anteriormente seja meramente hipotético, situações como essa ocorrem na prática com mais frequência do que se imagina. Menciono, ilustrativamente, caso acontecido na cidade de Cuiabá – MT, em que um indivíduo foi **preso por tráfico de cocaína, mas liberado depois que o laudo pericial constatou que a substância apreendida nas trouxinhas que ele trazia consigo era, na verdade, farinha** (Disponível em: <https://www.diariodecuiaba.com.br/policia/pasta-base-era-farinha-de-mandioca/242356>. Acesso em: set. 2022).

Outro episódio, de certa forma até cômico, envolveu usuário de drogas que **procurou a polícia para reclamar de haver sido enganado por um traficante, que lhe vendeu farinha em vez de cocaína** (Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/08/homem-procura-policia-apos-trocar-som-por-cocaina-e-receber-farinha.html>. Acesso em: set. 2022).

No mesmo sentido, aponto caso ocorrido no estado de Mato Grosso do Sul, em que **se constatou, no laudo pericial, que 20 tabletes apreendidos com um suspeito em uma rodovia eram de farinha – embora a princípio aparentassem ser cocaína –, pois ele havia sido ludibriado pelo fornecedor em Ponta Porã** (Disponível em: <https://www.topmidianews.com.br/policia/traficante-trambiqueiro-vende-farinha-ao-inves-de-cocaina-e-barra-pris/14864/>. Acesso em: set. 2022).

Da mesma forma, em caso real ocorrido no estado de Minas Gerais, **determinado indivíduo comprou, de um articulador do tráfico de drogas na região, diversos tijolos comuns, achando que eram, na verdade, maconha** (Disponível em: <https://istoe.com.br/homem-compra-tijolos-achando-que-era-maconha-nao-existe-mais-traficante-honesto/>. Acesso em: set. 2022).

Veja-se imagem ilustrativa da reportagem:



**Um agente que vende tijolo como se maconha fosse, ou farinha como se se tratasse de cocaína, não incorre na prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.** Trata-se, na verdade, de **crime impossível**, por absoluta impropriedade do objeto, uma vez que não está presente o objeto do crime de tráfico: droga. Esse, aliás, é o disposto no art. 17 do CP, *in verbis*: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime".

Diante de tais considerações, sem a apreensão de "drogas" – ou, sem a apreensão do objeto ou da substância –, como saber, **com certeza**, se a substância vendida era, de fato, maconha prensada ou cocaína, e não tijolo ou farinha, respectivamente? Poder-se-ia até cogitar de eventual delito de estelionato; mas, de tráfico de drogas, evidentemente não.

#### **V. a) Hipótese semelhante, mas distinta**

Nesse ponto, é importante, aliás, fazer uma **distinção** entre a hipótese tratada nestes autos – em que não houve a apreensão de droga nenhuma, seja com a paciente, seja com os demais acusados ou com terceiros não identificados – e **aqueles casos em que a droga é apreendida somente com um dos corréus**. Essa

situação é bastante frequente nos processos que chegam a esta Corte e, não raro, tem sido objeto de certa discussão nas Turmas.

Com efeito, a caracterização do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 **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 substâncias entorpecentes com apenas um deles para que esteja demonstrada, 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 bem decidido por ocasião do julgamento do **HC n. 536.222/SC**, de relatoria do Ministro **Jorge Mussi** (5ª T., DJe de 4/8/2020).

É irrelevante, portanto, o fato de o réu estar ou não na posse direta da droga, notadamente se a prova dos autos evidenciar que a substância entorpecente apreendida seria para fins de difusão ilícita. Mostra-se suficiente, pois, que o agente haja concorrido, de alguma forma, para a prática do delito.

E qual é a razão de ser desse entendimento?

Segundo Luciana Boiteaux *et al.*, é possível constatar que o tráfico de drogas obedece a uma complexa organização que segue padrões hierarquizados, **com diferentes graus de importância e de participação na estrutura do comércio ilegal de entorpecentes**, o que aponta para "diferentes papéis nas 'redes' do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final" (WIECKO, Ela. (coord.). *Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*. Brasília: SAL – Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito, v. 1, 2009, p. 80).

**Nessa complexa estrutura de "rede", há diversos atores interligados uns aos outros.** Sem pretender analisar todos os papéis sociais existentes na

hierarquia do tráfico (que envolve diferentes graus de participação e importância dentro do grupo), menciono que, segundo Rafael Barbosa, há os "olheiros" ou "fogueteiros", indivíduos cuja missão é avisar os superiores sobre a chegada da polícia; o "vapor", responsável pela venda e pela distribuição de drogas; há, também, aqueles incumbidos do fluxo das mercadorias ilícitas; há, ainda, os "donos do morro", aqueles que mandam e ficam com boa parte dos lucros auferidos com o comércio de drogas (*Um abraço para todos os amigos: algumas considerações sobre o tráfico de drogas no Rio de Janeiro*. EDUFF, 1998, p. 88).

A realidade prática nos mostra que muitos dos que integram organizações criminosas direcionadas ao narcotráfico, inclusive os chefes desses bandos, **difficilmente são flagrados na posse direta da droga**, pois tal papel é delegado àquelas pessoas que ocupam posição de menor "prestígio" dentro da estrutura do narcotráfico. No entanto, nem por isso, deixam de responder, ao menos em tese, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, caso evidenciado o liame subjetivo entre os agentes.

## **VI. O caso dos autos**

Na hipótese dos autos, embora os depoimentos testemunhais e as provas oriundas das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas hajam evidenciado que a paciente e os demais corréus supostamente adquiriam, vendiam e ofereciam "drogas" a terceiros – tais como maconha, cocaína e crack –, **não vejo 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.**

Vale dizer, 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.**

Essa, aliás, também foi a compreensão do **Ministério Público Federal**, que, em seu parecer, se manifestou pela **absolvição da paciente**, com base nos seguintes fundamentos, no que interessa (fl. 2.980):

Como visto, não foi apreendido psicotrópico ilícito em poder da acusada, nem, por óbvio, se elaborou laudo toxicológico, tendo a instância ordinária amparado a sua condenação pelo delito de tráfico de drogas nas demais provas juntadas ao processo, a saber: 1) auto de apreensão; 2) laudo pericial referentes a objetos, documentos, mensagens de textos; 3) transcrição de diálogos advindos de interceptação telefônica; 4) depoimentos colhidos na fase judicial.

No entanto, para configuração do delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, os vastos e variados elementos probatórios acostados aos autos não têm o condão de suprir a ausência do auto de apreensão e exibição da droga, tampouco a juntada do laudo pericial referente ao entorpecente. Nesse panorama, na espécie, a absolvição é medida que impõe, nos termos do art. 386, II, do CPP.

Ademais, **com a devida vênia ao eminente Ministro relator**, não vejo como ratificar a condenação da paciente com base no argumento de que "não é indubitável que não houve a apreensão de qualquer entorpecente na posse de terceiro não denunciado ou em processos oriundos da mesma operação criminal". Isso porque validar o édito condenatório com base nessa premissa seria, em última análise, **presumir** que a substância negociada/vendida pelos acusados seria droga, nos exatos termos em que previsto na Portaria n. 344 da Anvisa e, assim, proclamar a condenação com fundamento em fortes indícios acerca da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o que, por certo, não há como se admitir.

Diante de tais considerações, entendo que **o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar a prática do delito de tráfico de drogas**. O que se tem dos elementos coligidos aos autos são evidências de que ocorreria o crime

de tráfico, sem, contudo, a cabal prova de sua materialidade delitiva por meio da apreensão da droga.

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 –, decorrem de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

Portanto, **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.

Esclareço, no entanto, que, ao menos por ora, **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). Isso porque, além de nem sequer haver sido objeto de discussão neste habeas corpus, esse delito dispensa a mesma providência – qual seja, a apreensão de drogas –, na medida em que, por ser de natureza formal, ele se caracteriza ainda que os agentes não cometam o(s) crime(s) a que se dispuseram ao se associar, com estabilidade e permanência.

Por fim, embora remanescente apenas a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, deve ser mantida inalterada a imposição do regime inicial fechado. 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 autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da pena aplicada, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

## VII. Dispositivo

À vista do exposto, peço vênia ao eminente Ministro relator, para **conceder a ordem de habeas corpus**, 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.

De ofício, nos termos do art. 580 do CPP, **estendo os efeitos desta decisão a todos os corréus** (Charles Duarte Dias, Janete Pereira Santana, Juliete dos Santos Barbosa, Julio Cesar dos Santos, Lindomar de Almeida e Valdete Maria dos Santos), para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0255481-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 686.312 / MS  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010045520168120017 10045520168120017 14001907520178120000

EM MESA

JULGADO: 08/02/2023

**Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
ADVOGADOS : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
CORRÉU : LINDOMAR DE ALMEIDA  
CORRÉU : CHARLES DUARTE DIAS  
CORRÉU : HENRIQUE DUARTE DIAS  
CORRÉU : JANETE PEREIRA SANTANA  
CORRÉU : JULIO CESAR DOS SANTOS  
CORRÉU : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
CORRÉU : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

**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 divergente do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, concedendo a ordem de habeas corpus, 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, e, de ofício, nos termos do art. 580 do CPP, estendeu os efeitos desta decisão a todos os corréus (Charles Duarte Dias, Janete Pereira Santana, Juliete dos Santos Barbosa, Julio Cesar dos Santos, Lindomar de Almeida e Valdete Maria dos Santos), para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas, pediu vista antecipada (coletiva) o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 686312 - MS (2021/0255481-2)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
**ADVOGADOS** : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
**CORRÉU** : LINDOMAR DE ALMEIDA  
**CORRÉU** : CHARLES DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : HENRIQUE DUARTE DIAS  
**CORRÉU** : JANETE PEREIRA SANTANA  
**CORRÉU** : JULIO CESAR DOS SANTOS  
**CORRÉU** : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
**CORRÉU** : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### VOTO-VISTA

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de SONIA ARRUDA DUARTE em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos da apelação criminal n. 0001004-55.2016.8.12.0017.

A paciente fora condenada pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), às penas de 11 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1500 dias-multa, à razão mínima.

Recurso de apelação interposto pela defesa foi desprovido, nos termos do acórdão assim ementado:

**"E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - RECURSO DOS RÉUS CHARLES DUARTE DIAS, JULIETE DOS SANTOS BARBOSA, JANETE PEREIRA SANTANA E SÔNIA ARRUDA DUARTE - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE ENTORPECENTE - IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS - MATERIALIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 167 DO**

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS AUTORIAS E MATERIALIDADE DELITIVAS INDIVIDUADAS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS DENUNCIADOS CONDENAÇÕES MANTIDAS - DOSIMETRIA PENAL REDUÇÃO DAS PENAS-BASE NÃO POSSÍVEL - MODULADORAS DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DE DROGAS, DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS EM DESFAVOR DO APELANTE CHARLES - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL VETORIAL DA NATUREZA DA DROGA CORRETAMENTE VALORADA EM DESFAVOR DA APELANTE JULIETE - ADEQUADA CONSIDERAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS DA RÉ JANETE - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS À APELANTE SÔNIA - REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM FAVOR DE SÔNIA - NÃO INCIDÊNCIA AGENTE CONDENADA PELA PRÁTICA DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E QUE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS - CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI N. 11.343/06 MANTIDA EM DESFAVOR DOS APELANTES CHARLES E SÔNIA - RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE COM O PARECER, RECURSO DESPROVIDO.

I - A ausência de apreensão de entorpecente não inviabiliza a configuração do crime de tráfico, pois a materialidade delitiva pode ser comprovada por outros elementos idôneos de prova, a teor da regra prevista no artigo 167 do CPP. No caso, a farta prova documental, os conteúdos oriundos das interceptações telefônicas e os depoimentos dos policiais em juízo formam um conjunto probatório robusto em demonstrar a natureza das substâncias comercializadas e, por consectário, a materialidade do crime de tráfico de drogas.

II - Incabível falar em absolvição por insuficiência de provas, pois os elementos de convicção carregados aos autos, em especial os diálogos captados mediante autorização judicial, os diversos relatórios realizados durante a operação Armadillo e os depoimentos dos policiais, são conclusivos em comprovar as autorias dos recorrentes Charles Duarte Dias, Juliete dos Santos Barbosa, Janete Pereira Santana e Sônia Arruda Duarte nos delitos de tráfico e de associação para o tráfico. O conjunto probatório evidencia que o acusado Charles Duarte era o responsável por realizar a venda de drogas aos consumidores finais, tanto em sua residência, cujo local é conhecido por se tratar de "boca de fumo", como em locais pré-determinados. A recorrente Sônia Arruda Duarte não somente consentia com o comércio de drogas realizado, em sua residência, por seus filhos Charles e

*Henrique, como também aderiu ao tráfico, auxiliando-os no armazenamento e na própria venda dos psicotrópicos. Por sua vez, a apelante Janete auxiliou o corréu Júlio César, à época seu convivente, nas atividades relacionadas ao tráfico de drogas, inclusive realizando atos de comércio. Por fim, a recorrente Juliete se dedicava à comercialização de drogas fornecidas por Júlio César na cidade de Batayporã.*

*III - Demonstrado que os acusados se associaram, de modo estável e permanente, para a prática do crime de tráfico, na medida em que formaram uma rede de abastecimento e distribuição de drogas na cidade de Nova Andradina, estruturada em hierarquia e com divisão de tarefas bem definidas, impõe-se a manutenção da sentença que os condenou como incursos no artigo 35 da Lei n. 11.343/06. IV Constatando-se que o apelante Charles vendeu elevada quantidade de drogas, pois é identificado em inúmeros diálogos atendendo pedidos de usuários para entregas dos mais variados tipos de entorpecentes, inclusive aqueles mais nocivos, como o crack e a cocaína, impõe-se a valoração negativa das moduladoras relativas à quantidade e natureza das substâncias, em virtude da maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma, conforme dicção do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.*

*V - A fundamentação declinada na sentença, concernente ao fato de o apelante Charles manter conhecido e movimentado ponto de venda de drogas, evidencia a censurabilidade acentuada da conduta, justificando, por consectário, o demérito das circunstâncias do crime.*

*VI - Ressoa inequívoca a culpabilidade acentuada do apelante Charles na consecução do intento criminoso, pois ele coordenava o ponto de venda de drogas, exercendo liderança sobre os corréus Henrique e Sônia, bem como sobre o adolescente que o auxiliava na entrega dos psicotrópicos. VII A natureza da substância denominada cocaína, comercializada pela apelante Juliete, é reconhecidamente dotada de elevada nocividade, de modo que, por resultar em maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma (saúde pública), deve ser considerada como elemento prejudicial no âmbito da dosimetria penal.*

*VIII - Correta a valoração negativa dos antecedentes criminais da ré Janete Pereira Santana, pois, em consulta à certidão acostada aos autos, verifica-se que esta realmente possui condenação penal anterior transitada em julgado.*

*IX - A manutenção de ponto específico de comercialização de entorpecentes (“boca de fumo”) constitui fator hábil a justificar o recrudescimento da pena-base da apelante Sônia.*

*X - Inviável a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à apelante Sônia Arruda, pois, além de ter sido condenada pelo crime de associação para o tráfico, esta se dedicava às atividades criminosas, auxiliando seus filhos na manutenção de um*

*local conhecido como “boca de fumo”.*

*XI - Comprovado que os recorrentes Charles e Sônia envolveram adolescente na prática do tráfico de drogas, a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06 é medida adequada.*

*XII - É material (artigo 69 do Código Penal) o concurso que se forma entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas, pois trata-se de crimes autônomos entre si, praticados mediante condutas distintas, que podem consumir-se de forma independente.*

*XIII - Com o parecer, recurso desprovido.” (fls. 2850/2852)*

No presente *writ*, a defesa alega que inexistente prova da materialidade quanto ao crime de tráfico de drogas, uma vez que não houve a apreensão das substâncias entorpecentes e, por conseguinte, não foi realizado o respectivo laudo toxicológico. Afirma que a eventual existência de prova documental, testemunhal ou decorrente de interceptação telefônica não supre a ausência de apreensão da droga e da consequente prova pericial.

Requer, em liminar e em definitivo, a absolvição da paciente da prática do delito de tráfico de drogas.

A liminar foi indeferida às fls. 2928/2929.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, este opinou pela concessão da ordem de ofício para absolver a paciente da prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 2972/2983), nos seguintes termos:

*“No entanto, para configuração do delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, os vastos e variados elementos probatórios acostados aos autos não têm o condão de suprir a ausência do auto de apreensão e exibição da droga, tampouco a juntada do laudo pericial referente ao entorpecente. Nesse panorama, na espécie, a absolvição é medida que impõe, nos termos do art. 386, II, do CPP.” (fls. 2980)*

Em pretérita Sessão Ordinária (16/8/22), a Sexta Turma deliberou, por unanimidade, pela afetação do julgamento do *habeas corpus* a esta Terceira Seção.

Entrementes, em Sessão Ordinária de 24/8/22, o em. Ministro Relator Sebastião Reis Júnior proferiu voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* substitutivo, assim ementado:

***“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS EM PODER DA AGENTE. OUTROS MEIOS APTOS A***

COMPROVAR O CRIME. LIGAÇÃO COM OUTRAS  
PESSOAS QUE DETINHAM OS ESTUPEFACIENTES.  
REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.  
INADMISSIBILIDADE. DESCABIMENTO.

*Diante do descabimento da via eleita, habeas corpus substitutivo não conhecido e prejudicado o pedido de fls. 3.005/3.008."*

Em 8/2/23, o em. Ministro Rogério Schietti Cruz apresentou voto-vista divergente para conceder a ordem de *habeas corpus*, a fim de absolver a paciente pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.

Pedi vista antecipada dos autos para melhor análise do feito.

Eis, em síntese, o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

A princípio, relevante destacar que restou incontroverso, nos autos, a ausência de qualquer apreensão de substância entorpecente e, por decorrência, a inexistência de laudos toxicológicos preliminar e definitivo.

Nesse sentido, confirmam-se trechos pertinentes do acórdão no Tribunal de origem (grifos nossos):

*"Inicialmente, no que tange à materialidade delitiva, questionada por todos os apelantes em suas razões, cumpre ressaltar que a ausência de apreensão de drogas não inviabiliza a configuração do crime de tráfico, notadamente quando outros elementos de convicção, tais como provas documentais e testemunhais, forem capazes de tornar indubitosa a respectiva prática criminosa.*

*[...]*

*Conforme restou assestando no julgamento do recurso acima referido, na hipótese dos autos, os policiais civis relataram que não obtiveram êxito na apreensão de entorpecentes em poder dos réus, haja vista que estes, possivelmente, tiveram informações de que seriam cumpridos os respectivos mandados de busca e apreensão, da mesma forma que, em momento anterior, alguns deles souberam que estavam sendo interceptados.*

*Não se pode esquecer que o artigo 158 do Código de Processo Penal exige a realização do laudo de exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios.*

*Contudo, ciente de que há casos em que não é mais possível a realização de perícia, o legislador pátrio estabeleceu que, quando os vestígios tiverem desaparecido, impedindo a realização do laudo, o lapso pode ser suprido até mesmo pela prova testemunhal. A respeito do assunto, a regra prevista no artigo 167 do Código de Processo Penal claramente prevê que "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem*

*desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".*

***No caso em exame, embora não tenha ocorrido a apreensão de droga em poder dos apelantes, a materialidade do delito de tráfico restou cabalmente demonstrada por meio dos autos de apreensão, dos laudos de exames periciais em objetos (p. 1690-1695, 1696-1705, 1706-1714, 1715-1722, 1723-1730, 1731-1738, 1739-1745, 1746-1757, 1758-1769, 1770-1778, 1779-1786, 1787-1794 e 1795-1804), do material oriundo das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, dos depoimentos testemunhais e dos demais elementos de convicção produzidos no curso da persecução penal, tudo a evidenciar que os acusados adquiriam, vendiam e ofereciam drogas, tais como maconha, cocaína e crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ressalta-se, quanto a este ponto, que os relatórios de transcrições das interceptações telefônicas revelam diálogos em que diversos acusados conversam sobre a qualidade das drogas comercializadas pelo referido grupo criminoso, não deixando dúvidas quanto à natureza dos psicotrópicos e aos efeitos que lhes são inerentes.***

*Ademais, a subsistência dos recorrentes no mercado ilícito de drogas, inclusive com atuação bastante expressiva, em virtude da alta procura por usuários que naturalmente buscam produtos capazes de suprir suas necessidades químicas, também constitui prova cabal da natureza e do potencial ofensivo das substâncias comercializadas.*

***Portanto, diante do farto conjunto probatório, tem-se por satisfatoriamente comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas."***

Dessume-se, pois, do trecho transcrito, que o Tribunal local entendeu comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas, muito embora inexistente a apreensão das substâncias ilícitas. Para o acórdão condenatório, a materialidade restou suficientemente demonstrada pela apreensão e pela perícia de objetos, pelos diálogos telefônicos interceptados e pelos depoimentos testemunhais.

Diante da premissa incontroversa posta nos autos da ação penal de origem, volta-se, então, a responder à necessária questão acerca da (des)necessidade da apreensão das drogas e da realização do respectivo laudo toxicológico para comprovar a materialidade do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

O *caput* do dispositivo supramencionado prevê como típicas as condutas de "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".

"Drogas" é elementar do tipo e objeto material sobre o qual recaem os verbos nucleares arrolados no artigo. A compreensão de seu conteúdo não se reduz a uma mera operação mental de interpretação gramatical ou lógica, alheia a qualquer forma de complementação legislativa. Difere, nessa medida, e.g., do objeto material "coisa alheia móvel", do tipo penal de furto, ou de "alguém", objeto material do crime de homicídio, cuja compreensão da extensão e do conteúdo decorre automaticamente da simples leitura do tipo penal, sem demandar maiores esforços ou busca por complementação.

Da mesma forma que a apreensão intelectual dos objetos materiais do furto e do homicídio decorre tão somente da leitura dos dispositivos pertinentes, a verificação no mundo fático decorre apenas da observação a "olho nu", sem maiores empreendimentos tecnológicos ou científicos. A constatação material do fato, contudo, apta a ser considerada no processo penal, evidentemente, exige maior formalismo, como a necessidade de realização de perícia nos delitos que deixam vestígios, que pode ser suprida, excepcionalmente, por outras provas, quando estes tiverem desaparecido.

Já o elemento do tipo penal do tráfico - "droga" - reveste-se de uma particularidade frente a tantos outros objetos materiais do crime. Sua caracterização não se curva à simples constatação da existência natural ou fática; depende, em realidade, de decisão externada pelo Poder Executivo sobre quais substâncias devem ou não serem consideradas drogas, o que perpassa por filtros e critérios dos mais diversos.

Nesse sentido, o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06 dispõe que se consideram *"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"*.

Assim, só pode ser punido pelo crime de tráfico de drogas aquele que pratica quaisquer das condutas típicas incidentes sobre as substâncias consideradas "drogas" pela Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, nos termos do art. 66 da Lei n. 11.343/06. Por essa razão, o tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas é tido como exemplo de norma penal em branco heterogênea, já que seu complemento encontra-se estampado em outro corpo normativo, cuja fonte de produção é distinta da legislativa.

Por decorrência lógica, qualquer conduta que recaia sobre substância outra que não as que constam no rol estabelecido pelo Poder Executivo será atípica, por falta de

elementar do tipo, ou, no máximo, subsumível a outro tipo penal que não o do tráfico.

Disso, exsurge imprescindível a apreensão das substâncias alegadamente ilícitas e a sua submissão à perícia técnica, a fim de constatar se há o enquadramento na norma administrativa e, por conseguinte, a submissão da conduta à norma penal.

A doutrina, de forma robusta, converge na afirmação da necessidade de apreensão das drogas e da realização da respectiva perícia para fins de comprovação da materialidade do delito de narcotráfico.

Com efeito, nas palavras de Delmanto "*[é] indispensável o exame de corpo de delito para constatar a natureza e a quantidade da droga e, sobretudo, a existência do respectivo princípio ativo (CPP, art. 158). Sem essa constatação, não haverá prova da materialidade. Imprescindível, portanto, haver vestígios e que o exame de corpo de delito seja direto, não se aceitando o indireto, isto é, realizado com base em prova testemunhal (CPP, art. 167)*" (DELMANTO, Roberto et al. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1929).

Igualmente, "*no caso dos crimes previstos pela Lei 11.343/06, cujo objeto material seja a 'droga', será necessária a sua apreensão para fins de realização de prova científica com o máximo grau de certeza a fim de apurar-se a substância*" (CALDEIRA, Felipe. O laudo de constatação preliminar da substância entorpecente constitui condição de procedibilidade para apuração do crime de tráfico de drogas. *In: Teses jurídicas dos tribunais superiores: Direito Penal II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 904).

Portanto, diante da especificidade relacionada ao objeto material do tráfico de drogas, que exige a estrita compatibilidade entre o princípio ativo da substância encontrada com uma das substâncias listadas pela ANVISA como de uso proscrito no Brasil - substâncias entorpecentes ("lista F" da Portaria n. 344/1998), fazem-se imprescindíveis a apreensão do material e a confecção do laudo toxicológico respectivo.

Diálogos interceptados relativos à suposta comercialização de droga ou depoimentos testemunhais sobre eventual atividade de traficância são insuficientes para atribuir certeza acerca da natureza da substância em questão. Enquanto a certeza da materialidade é requisito *sine qua non* para a condenação, não se pode contentar com a mera possibilidade, ainda que elevada, da substância ser, de fato, droga.

Nessa esteira, como bem pontua Badaró, "*a necessidade de um exame de corpo de delito como meio apto à comprovação da materialidade delitiva é limite epistemológico para a busca da verdade, fundado na premissa de que, sendo possível*

*a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo, não se pode aceitar uma prova menos qualificada. Trata-se do que no sistema de 'common law' se denomina a 'best evidence'" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 302).*

No caso específico da comprovação da materialidade do tráfico de drogas, a ausência da apreensão das substâncias - seja em poder do réu, seja em poder de qualquer um dos corréus - tem, por consequência, o inevitável desfecho absolutório, ante a impossibilidade de se admitir a condenação baseada na incerteza.

Assim, a jurisprudência desta Corte, embora não unânime, curva-se, em sua maioria, pela indispensabilidade da apreensão das drogas e da respectiva perícia, a fim de se comprovar a materialidade delitiva do crime de narcotraficância. Confirmam-se os precedentes (grifos nossos):

**HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRIMEIRA FASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO AFASTADA. ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, INCLUSIVE COM CONCESSÃO DE OFÍCIO. DETERMINADA A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AOS CORRÉUS, DE OFÍCIO.**

**1. No presente caso, não houve apreensão de drogas em poder da Paciente ou dos Corréus. Em que pese o Juízo sentenciante mencione, vagamente, que foram apreendidas drogas em poder de indivíduos que responderam a outras ações penais, não foram sequer indicadas as circunstâncias fáticas dessas apreensões (locais, datas, natureza e quantidade de drogas e supostos envolvidos), nem mesmo declinados elementos concretos que ligassem os entorpecentes supostamente apreendidos aos três réus da presente ação penal.**

**2. Nesse contexto, a sentença condenatória e o acórdão impugnado destoam da jurisprudência adotada por este Egrégio Tribunal Superior, no sentido de que "[é] imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas" (REsp n. 1.865.038/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/09/2020). De rigor, portanto, a absolvição pelo crime de tráfico de drogas.**

**3. Tendo em vista que não houve apreensão de drogas no presente feito, não há fundamentação concreta**

para o recrudescimento da pena-base da Paciente em relação ao crime de associação para o tráfico.

4. Por força da nova dosimetria ora realizada, no caso da Paciente, é cabível o regime inicial aberto, de acordo com o quantum da pena reclusiva final (art. 33, § 2.º, do Código Penal), e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

5. Ordem de habeas corpus concedida para: a) absolver a Paciente da imputação do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006); b) fixar a pena-base do crime de associação para o tráfico (art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006) no mínimo legal, redimensionando a pena final da Acusada para 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, à razão mínima legalmente estabelecida; e c) de ofício, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Determinada, de ofício, a extensão dos efeitos do presente acórdão aos Corréus ANDERSON e CLÁUDIA, para: a) absolvê-los da imputação do crime de tráfico de drogas; e b) na primeira fase da dosimetria do crime de associação para o tráfico, afastar a valoração negativa da natureza e quantidade de drogas, redimensionando suas penas finais para 5 (cinco) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, mantidos, em relação estes Acusados, os demais termos dos éditos condenatórios.

(HC n. 683.894/SE, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022).

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO ART. 158, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AO ART. 50, § 1.º, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

**1. A jurisprudência adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "[é] imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas"** (REsp n. 1.865.038/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/09/2020).

**2. Agravo regimental desprovido.**

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.878.432/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022).

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE.**

**1. "É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de**

**drogas" (REsp 1865038/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/8/2020, DJe 4/9/2020).**

2. Encontrando-se a sentença condenatória lastreada apenas em mensagens telefônicas sobre a negociação da droga e anotações referentes à sua distribuição, ainda que corroboradas por depoimento de policiais afirmando ser a residência do acusado conhecida como boca de fumo, deve ser o agravante absolvido por ausência de materialidade do crime de tráfico de entorpecentes.

3. Provimento do agravo regimental. Absolvição do réu em relação à imputação prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006 (art. 386, VII, do CPP).

(AgRg no REsp n. 1.948.410/TO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022).

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. No julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo toxicológico implica na absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva, e não na nulidade do processo. Foi ressalvada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva está amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente.

2. **Segundo se infere dos autos, a sentença pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 tem como fundamento apenas depoimentos testemunhais e informações extraídas de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas. Não houve a apreensão da droga e, obviamente, inexistente o laudo de exame toxicológico, único elemento hábil a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas.**

Assim, de rigor a absolvição do ora agravado do delito de tráfico de drogas, porquanto ausente prova da materialidade.

3. **Agravo regimental não provido.**

(AgRg no HC n. 646.511/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021).

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE DROGA.**

**MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

**1. Esta Corte Superior de Justiça possui a compreensão de que, para a comprovação da materialidade do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a apreensão de droga.**

**2. Uma vez que, no caso, não houve a apreensão de nenhuma substância, deve ser mantida inalterada a absolvição do réu no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por ausência de provas acerca da sua materialidade.**

**3. Agravo regimental não provido.**

(AgRg no AREsp n. 1.631.694/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 17/6/2020).

Sobre o tema, relevante pontuar que a Terceira Seção deste Sodalício pacificou entendimento segundo o qual a ausência de laudo toxicológico definitivo conduz à necessária absolvição do acusado da prática do crime de tráfico de drogas, e não apenas à nulidade processual. Ademais, neste julgamento, a Terceira Seção pontuou que, excepcionalmente, é possível que a materialidade do delito seja comprovada tão somente por meio de laudo de constatação provisório, quando esse transmitir o grau de certeza equivalente ao que seria obtido com o laudo definitivo. Nesses termos, confira-se a ementa do referido julgado (grifos nossos):

**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 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 só, 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 n. 1.544.057/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26/10/2016, DJe de 9/11/2016).

Por fim, salienta-se que a apreensão das drogas pode dar-se em posse do acusado ou de qualquer um dos corréus, a fim de satisfazer a comprovação da materialidade. Nessa esteira, a jurisprudência desta Corte é firme "no sentido de que a 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" (HC n. 536.222/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 4/8/2020).

Portanto, diante do exposto e da inexistência incontroversa da apreensão de drogas no presente caso, concluo, nos termos do voto-vista, ser imperiosa a absolvição da paciente da prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, tal como entendeu o em. Ministro Rogério Schietti Cruz.

Tal não se estende ao crime de associação para o tráfico, visto que esse é formal e tem por bem jurídico tutelado a paz pública. Basta, para a sua tipificação, a comprovação da associação estável e permanente entre duas ou mais pessoas, com vistas à prática da traficância (que pode, ou não, vir a ser efetivamente praticada). Nesse sentido (grifos nossos):

**PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O TRÁFICO. NÃO PARA O CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.**

*1. É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas. Precedentes desta Corte. Ressalva do ponto de vista da relatora.*

**2. 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.**

*3. Ordem concedida parcialmente para trancar a ação penal apenas no tocante ao crime de tráfico de drogas, estendendo os efeitos desse julgamento, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, aos demais denunciados.*

(HC n. 432.738/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/3/2018, DJe de 27/3/2018).

Por todo o exposto, com a devida *vênia* ao laborioso voto do em. Relator, acompanho a divergência para conceder a ordem de *habeas corpus* e absolver a paciente do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fundamento no art. 386, II, do CPP, estendendo os efeitos da decisão para os demais corréus.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0255481-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 686.312 / MS  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010045520168120017 10045520168120017 14001907520178120000

EM MESA

JULGADO: 12/04/2023

**Relator**

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

**Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI E OUTROS  
ADVOGADOS : RUBEM ARIAS DAS NEVES - RS014435  
                  : SIRLEI TEREZINHA PAVLAK CHIYOSHI - RS011989  
                  : LEONEL PAVLAK DAS NEVES - RS091986  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : SONIA ARRUDA DUARTE (PRESO)  
CORRÉU : LINDOMAR DE ALMEIDA  
CORRÉU : CHARLES DUARTE DIAS  
CORRÉU : HENRIQUE DUARTE DIAS  
CORRÉU : JANETE PEREIRA SANTANA  
CORRÉU : JULIO CESAR DOS SANTOS  
CORRÉU : JULIETE DOS SANTOS BARBOSA  
CORRÉU : VALDETE MARIA DOS SANTOS VASCONCELOS  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

**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 (vista coletiva) do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando a divergência para conceder a ordem de habeas corpus para absolver a paciente do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, com fundamento no art. 386, II, do CPP, estendendo os efeitos da decisão para os demais corréus, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) no mesmo sentido, a Terceira Seção, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, 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, estendendo, de ofício, os efeitos desta decisão a todos os corréus (Charles Duarte Dias, Janete Pereira Santana, Juliete dos Santos Barbosa, Júlio Cesar dos Santos, Lindomar de Almeida e Valdete Maria dos Santos), para também absolvê-los no tocante ao

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0255481-2

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 686.312 / MS**  
MATÉRIA CRIMINAL

delito de tráfico de drogas, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator), que não conhecia do habeas corpus.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator para o acórdão) os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.