



NOTA TÉCNICA Nº 02/2019 – CAOCRIM

EMENTA: (IM)PRESCINDIBILIDADE DOS LAUDOS PERICIAIS TOXICOLÓGICOS DEFINITIVOS NO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006.

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CRIMINAIS (CAOCRIM), com base nos artigos 33, inciso V, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e 55, inciso II, da Lei Complementar nº 12/1998 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Piauí), expede a Nota Técnica nº 02/2019, sem caráter vinculativo, aos órgãos de execução do Ministério Público do Estado do Piauí com atuação na área criminal, fundamentando-se nas razões que passa a apresentar.

A origem do estudo que culminou na presente Nota Técnica decorreu de provocação do Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Atividade Policial – GACEP, no bojo do Procedimento Administrativo nº 020/2019, registrado no SIMP sob o protocolo nº 000122-225/2019, acerca da viabilidade jurídica da dispensa dos laudos toxicológicos definitivos nos delitos de posse de drogas.

O crime de “porte de drogas para consumo pessoal” encontra-se previsto no art. 28, *caput*, e § 1º, da lei nº 11.343/2006, sendo descrito da seguinte forma:



*Art. 28. Quem **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar** será submetido às seguintes **penas**:*

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

*§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, **semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.** (grifo nosso)*

Após o advento da lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), surgiu a discussão acerca da constitucionalidade do tipo penal “porte de drogas para consumo pessoal”.

Há corrente que defende o entendimento de que se trata de figura típica penal que prevê como sanção tão-somente a aplicação autônoma de penas restritivas de direito, quais sejam: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento à programa ou a curso educativo.

O fundamento utilizado para sustentar a criminalização da conduta advém da objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas, que consiste na salvaguarda da saúde pública, ou seja, da saúde da coletividade, sob risco quando se permite a indiscriminada circulação de substâncias capazes de provocar a dependência física ou psíquica. Aqui, leva-se em consideração o dano em potencial da conduta, sob o prisma da saúde e da segurança públicas.



Ao contrário, há quem sustente a inconstitucionalidade do art. 28 da lei em análise, atribuindo ao legislador escolha equivocada quanto à forma mais adequada de proteção aos bens jurídicos tutelados pela Lei de Drogas. Essa corrente entende que, nessa hipótese, a tutela coletiva da saúde deverá ser deslocada da seara penal para a da saúde pública, havendo uma simbiose entre descriminalização da conduta e políticas públicas de prevenção e de redução de danos decorrentes do uso de drogas.

A questão encontra-se sob discussão no Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 635659, originário do Estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública arguiu a inconstitucionalidade do art. 28 da lei nº 11.343/2006, com manifestação contrária da Procuradoria Geral da República. Já foram proferidos os votos do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, e do Ministro Edson Fachin, pelo provimento parcial ao recurso. O feito encontra-se pautado para julgamento pelo Plenário do STF em 06 de novembro de 2019.

O desfecho desse julgamento repercutirá diretamente sobre a necessidade de realização de laudos periciais toxicológicos preliminares e definitivos nos casos de porte de drogas para consumo pessoal.

Se reconhecida a inconstitucionalidade do tipo penal do art. 28 da lei nº 11.343/2006, o porte de drogas para consumo pessoal deixará de merecer a tutela do



Direito Penal, passando a demandar tão-só o cuidadoso olhar da Saúde Pública e da Assistência Social.

Enquanto mantida a figura como típica, a presente Nota Técnica é válida para nortear a atuação dos Promotores de Justiça com atribuição criminal, especialmente naqueles casos que demandam a aplicação da lei nº 9.099/95, de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Em verdade, sendo o crime previsto no art. 28 da lei nº 11.343/2006 de menor potencial ofensivo, é praxe que o laudo toxicológico preliminar, a descrição do fato e os testemunhos colhidos sirvam de embasamento para a propositura de transação penal, atendidos os requisitos do art. 76, *caput* e parágrafos¹, da lei nº 9.099/95.

Proposta a transação penal e devidamente cumpridas as condições impostas, o processo deverá ser arquivado, consoante aplicação extensiva do § 5º² do art. 89 da lei nº 9.099/95, falecendo legitimidade para o oferecimento de denúncia.

¹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

² § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.



Portanto, para a hipótese de aceitação e de cumprimento da transação penal, é suficiente o laudo toxicológico preliminar, sendo totalmente dispensável o laudo toxicológico definitivo, uma vez que o processo se encerra.

Assim, arquivado o processo, caberão ao Ministério Público e ao Poder Judiciário informar ao Instituto de Criminalística da prescindibilidade do laudo toxicológico definitivo. Essa comunicação se faz imperiosa por permitir ao órgão de perícia técnico-científica que otimize o seu tempo e os seus recursos, aplicando-os aos casos que realmente continuem a interessar ao Sistema de Justiça, bem como por autorizar a adoção de providências quanto à incineração das substâncias entorpecentes.

Por outro lado, caso o autor do fato não aceite a proposta de transação penal ou não cumpra as condições impostas, suficientes os indícios de autoria e a prova da materialidade, o Promotor de Justiça oferecerá denúncia, atentando-se para os benefícios e para o rito especial da Lei dos Juizados Especiais.

Nessa situação, deflagrando-se a persecução penal e iniciando-se a instrução processual pelo crime de porte de drogas para o consumo pessoal, devem ser demonstradas a autoria e a materialidade delitivas para a prolação de sentença condenatória, ainda que as sanções impostas ao réu/condenado sejam apenas de cunho restritivo de direitos: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento à programa ou a curso educativo.

É nesse momento que a indagação acerca da prescindibilidade do laudo toxicológico definitivo nos crimes do art. 28 da lei nº 11.343/2006 ressoa com maior relevância.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, por meio da 3ª Seção, formada pela reunião das 5ª e 6ª Turmas, com competência criminal, nos autos do ERESp nº 1.544.057/RJ, que, excepcionalmente, o laudo toxicológico definitivo será dispensável quando o laudo de constatação provisório for revestido de certeza equivalente, ou produzido por perito oficial nos mesmos moldes do definitivo, conforme aresto:

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

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

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

3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também

chamados "narcotestes" e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados.

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

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

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

(REsp 1544057/RJ - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL 2015/0173496-7; Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA; S3 - TERCEIRA SEÇÃO; 26/10/2016; DJe 09/11/2016) (grifo nosso)

Tal posicionamento já consta na Nota Técnica nº 01/2017 – CAOCRIM, pela qual orientou-se os Membros do Ministério Público acerca da prova da materialidade nos crimes de tráfico ilícito de drogas.

Pois bem.

A partir do julgado paradigma, seguem as decisões mais recentes:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. LAUDO PRELIMINAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.544.057/RJ, entendeu que o laudo de constatação provisório que possua condições técnicas de atestar a natureza da droga apreendida supre a ausência de laudo definitivo (ut, REsp 1727453/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/6/2018).

2. *In casu*, foi juntado laudo prévio de constatação da substância apreendida, assinado por dois peritos, legalmente investidos, atestando tratar-se de maconha e crack. Confissão e outras provas.

3. *Incidência da Súmula 568/STJ*: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

4. *Agravo regimental desprovido.*

(Processo: AgRg no AREsp 1515561 / AL AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2019/0163440-0; Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170); T5 - QUINTA TURMA; 20/08/2019; **DJe 02/09/2019**) (grifo nosso)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA.

1. *De acordo com o entendimento predominante nesta Corte, em regra, o laudo toxicológico definitivo é indispensável para a comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas. Contudo, excepcionalmente, admite-se o laudo de constatação provisório como prova, caso revestido de certeza equivalente, quando produzido por perito oficial nos mesmos moldes do definitivo. Precedentes.*

2. *Na hipótese, o acórdão recorrido não se manifestou especificamente acerca das características do laudo toxicológico preliminar, a fim de possibilitar a aferição do grau de certeza do referido documento.*

3. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1794970 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2019/0037387-2; Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182); T6 - SEXTA TURMA; Data do julgamento 20/08/2019; **DJe 03/09/2019**) (grifo nosso)

Portanto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento no sentido de que o laudo provisório de constatação toxicológica será suficiente para embasar condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas quando revestido de condições técnicas aptas a atestarem a natureza da substância apreendida.

Ora, se o STJ fixou esse entendimento para o crime de tráfico ilícito de drogas, por consequência e interpretação lógica, conclui-se a sua aplicação para o crime de "porte de drogas para consumo pessoal", previsto no art. 28 da lei nº 11.343/2006.



Desta feita, levando-se em consideração a posição atual e pacífica do STJ, se os laudos toxicológicos provisórios realizados por perito oficial nos mesmos moldes do definitivo, atendendo às mesmas condições técnicas para aferir a natureza ilícita da substância, são suficientes para fundamentar um decreto condenatório em relação ao crime de tráfico, também serão embasar eventual condenação nos crimes de porte de drogas para consumo pessoal.

De acordo com o que já foi exposto, afirma-se que há viabilidade jurídica para a dispensa dos laudos toxicológicos definitivos nos delitos previstos no art. 28 da Lei de Drogas, com fundamento no entendimento parametrizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não é demais lembrar que outros elementos de prova constantes no processo, a exemplo da confissão e dos depoimentos das testemunhas, podem contribuir para evidenciar a materialidade delitiva, aliando-se, pois, ao laudo pericial, para fins de condenação.

Pelas razões acima expostas, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA CRIMINAIS**, em consonância com a Nota Técnica nº 01/2017, expede a presente Nota Técnica, visando orientar os Órgãos de Execução, no tocante ao que segue:



1. O laudo de constatação toxicológica preliminar da droga é suficiente para embasar alegações finais e decreto condenatório tanto em relação ao crime de tráfico quanto em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, de acordo com o E. Superior Tribunal de Justiça, ***quando permita grau de certeza da materialidade idêntico ao do laudo toxicológico definitivo, tanto em razão de ter sido elaborado por perito oficial, quanto por ter observado as técnicas necessárias e suficientes para aferir a natureza ilícita da substância.***

2. Aliando-se ao laudo de constatação toxicológica preliminar com essas características, a confissão, as provas testemunhais e os demais elementos que compõem o acervo probatório servirão para embasar alegações finais e decreto condenatório tanto em relação ao crime de tráfico quanto em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

3. Nos casos em que o laudo de constatação toxicológica preliminar de droga não se enquadre nas diretrizes sedimentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, incumbirá ao Membro requisitar a elaboração e a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo para embasar alegações finais e decreto condenatório tanto em relação ao crime de tráfico quanto em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal.

4. Na hipótese do art. 28 da Lei de Drogas, tendo havido propositura, aceitação e cumprimento das condições impostas na transação penal, encerrando-se definitivamente o processo, caberá ao Ministério Público requerer ao Poder Judiciário que



comunique ao Instituto de Criminalística a prescindibilidade do laudo toxicológico definitivo. Essa comunicação se faz imperiosa por permitir ao órgão de perícia técnico-científica que otimize o seu tempo e os seus recursos, aplicando-os aos casos que realmente continuem a interessar ao Sistema de Justiça, bem como por autorizar a adoção de providências quanto à incineração das substâncias entorpecentes.

Teresina, 02 de outubro de 2019.

Luana Azerêdo Alves

Promotora de Justiça

Coordenadora do CAOCRIM