

HABEAS CORPUS 132.909

SÃO PAULO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): CRAIG JOSEPH GIFFORD

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DESNECESSIDADE. INEXIGÊNCIA NA LEI Nº 11.343/2006 DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE PUREZA DA DROGA E DO SEU POTENCIAL LESIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

1. Desnecessária a aferição do grau de pureza da droga para realização da dosimetria da pena. A Lei nº 11.343/2006 dispõe como preponderantes, na fixação da pena, a natureza e a quantidade de entorpecentes, independente da pureza e do potencial lesivo da substância. Precedente.

2. Para acolher a alegação da Impetrante de imprescindibilidade da perícia complementar na substância entorpecente apreendida, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*. 3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em denegar a ordem**, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 15 de março de 2016.

Ministra CÁRMEN LÚCIA — Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício de Craig Joseph Gifford, contra julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 19.11.2015, negou provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 63.295, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça.

O caso

2. O Paciente foi denunciado pela prática do delito do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, incs. I e III, da Lei nº 11.343/2006, nestes termos:

Em 13 de dezembro de 2014, por volta das 22:30 horas, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, CRAIG JOSEPH GIFFORD foi surpreendido momentos antes de embarcar no voo EY 190, da Companhia Aérea ETIHAD AIRLINES, com destino final em Manila/Filipinas, tendo escala em Abu Dhabi/Emirados Árabes, quando guardava e trazia consigo 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas – massa líquida) de substância entorpecente destinada a consumo de terceiros no exterior, sem autorização legal ou regulamentar, cujos testes preliminares apontam de forma positiva para cocaína, conforme Laudo Preliminar de Constatação (...).

No dia dos fatos, o APF MARCOS GONZAGA PITANGA DA SILVA encontrava-se de serviço na Delegacia do Aeroporto Internacional de São Paulo, quando o analista tributário MILTON SÉRGIO DE MORAES JUNIOR e o APF CARDOSO compareceram na Delegacia trazendo uma bagagem para que fosse submetida à perícia preliminar, pois haviam detectado material orgânico suspeito no interior da mala, após a passagem da mesma pelo aparelho de raio-x.

Ato contínuo, foi identificado o proprietário da bagagem e conduzido até a Delegacia de Polícia Federal juntamente com a testemunha FRANCISCO CELIO CRUZ LEITE. Após abertura da bagagem, foram localizadas diversas caixas de sabonetes, potes de creme de cabelo, entre outros produtos, ocultando em seu interior substância orgânica em forma de pó, que submetida à perícia preliminar acusou ser COCAÍNA, razão pela qual CRAIG JOSEPH GIFFORD foi preso em flagrante delito.

Além dos invólucros contendo entorpecentes, foram apreendidos: a) 01 (um) bilhete eletrônico e 01 (uma) etiqueta de bagagem, ambos da companhia aérea ETIHAD; b) 01 (um) passaporte britânico nº 510607648 (...).

A materialidade do delito restou configurada pelo auto de apresentação e apreensão e pelo laudo de constatação preliminar (...), que apontou positivo para cocaína, totalizando massa de 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas).

Do mesmo modo, irrefutáveis os indícios de autoria, uma vez que o ora denunciado CRAIG JOSEPH GIFFORD foi preso em flagrante delito quando trazia a droga acondicionada em sua bagagem.

Caracteriza-se a internacionalidade do tráfico, tendo em vista que o acusado foi flagrado momentos antes de embarcar em voo internacional da empresa ETIHAD AIRLINES, com destino a Manila/Filipinas, tendo escala em Abu Dhabi/Emirados Árabes Unidos.

3. A defesa do Paciente pediu ao Juízo da 4ª Vara Federal em Guarulhos, 19ª Subseção Judiciária de São Paulo, que a substância entorpecente apreendida fosse submetida à perícia complementar, “visando a determinar o ‘grau de pureza’ da droga”, o que foi indeferido.

4. Foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 0007063-32.2015.4.03.0000 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pleiteando-se fosse determinada a “*imediata complementação do laudo pericial, a fim de se verificar o grau de pureza da substância apreendida*”. Em 23.04.2015, antes do julgamento do mérito dessa impetração, o Paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 816 dias-multa, mantida a prisão cautelar.

5. Em 22.06.2015, ao julgar o mérito do *Habeas Corpus* nº 0007063-32.2015.4.03.0000, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região denegou a ordem:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE NA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO DE EXAME QUÍMICO-TOXICOLÓGICO. ORDEM DENEGADA.

1. *Não vislumbro nulidade na decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo de exame químico-toxicológico, sendo que a indicação do grau de pureza da droga não desqualifica a natureza entorpecente da substância e nem é apta a influir na dosimetria da pena. O laudo pericial concluiu que foram apreendidos em poder do paciente 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína, indicando a quantidade e a natureza da droga, em atenção ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006.*

2. *Ordem de habeas corpus denegada.*

6. Esse julgado foi objeto do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 63.295, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça. Em 19.11.2015, a Sexta Turma denegou a ordem:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. GRAU DE PUREZA DA DROGA. DESNECESSIDADE. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessário se aferir o grau de pureza da droga para fins de fixação da pena. A Lei nº 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece como preponderantes a natureza e a quantidade de entorpecentes, independentemente da pureza da substância, de quanto ela poderia render ou de quanto ela está misturada a outros produtos nocivos à saúde.

2. Recurso ordinário desprovido.

7. Contra esse acórdão foi impetrado o presente *habeas corpus*, no qual a Impetrante alega:

No presente caso, os laudos periciais realizados identificam a presença do alcalóide cocaína no material encontrado com a paciente, dentro de sua mala. Sendo assim, ao menos em princípio, estaria configurada a materialidade delitiva, bem como constatada a natureza do entorpecente, a saber, cocaína.

Não obstante isto, não se pode olvidar que a droga, em especial a cocaína, não costuma ser comercializada em seu estado puro. Com efeito, as doses vendidas aos usuários nunca apresentam teor de cocaína igual a 100%, sendo submetidas a um processo conhecido como “batismo”, no qual o traficante mistura outras substâncias ao entorpecente, tais como farinha e medicamentos. O objetivo, nesses casos, é possibilitar a comercialização de um maior número de doses.

Partindo-se da premissa de que a mercadoria já batizada não possui o mesmo potencial lesivo do que a droga em seu estado puro e tendo em vista o princípio da individualização da pena, é certo que o indivíduo que for pego com droga pura deve ser punido com uma pena maior do que aquele que for pego com a substância com grau de pureza equivalente a 30%.

Por este motivo, resta claro que o pedido formulado pela defesa encontra fundamento na individualização da pena, na correta aplicação da lei penal e na garantia do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, no momento em que a quantidade da substância ou produto ilícito é circunstância essencial para dosimetria da pena-base, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, fundamental se faz a aferição exata da quantidade transportada, sob pena de violação de diversos princípios homenageados em nossa Constituição.

(...)

Da mesma forma, muitos julgados utilizam a quantidade de entorpecente para fixar o quantum de diminuição da pena quando da análise do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 ou mesmo entendem que esse fato revela que o acusado integra ou não a organização criminosa, donde se conclui ser essencial sua exata aferição.

Argumenta “que a constatação do grau de pureza da droga e a identificação das substâncias com as quais foi agregada são indispensáveis, repita-se, para que se tenha a exata dimensão do perigo a que foi exposta a saúde pública e, por conseguinte, aplique-se a reprimenda ao violador da norma penal de forma proporcional à potencialidade lesiva de sua conduta. Assim sendo, o indeferimento do pedido feito pela defesa de complementação do laudo implica, em última análise, na afronta ao princípio da ampla defesa, já que impediu a efetiva participação do paciente no processo”.

Este o teor dos pedidos:

a) a concessão da medida liminar, determinando-se a suspensão do feito originário enquanto não julgado definitivamente o presente writ, bem como para determinar o trancamento da ação penal em curso;

b) a concessão da presente ordem, para o fim de anular a r. decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo pericial, determinando-se a imediata realização de tal prova a fim de se verificar o grau de pureza da substância apreendida.

8. Em 11.02.2016, determinei vista ao Procurador-Geral da República, que opinou “pelo não conhecimento do habeas corpus e, no mérito, pela denegação da ordem”.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste à Impetrante.

2. Ao indeferir o pedido de perícia complementar na substância entorpecente apreendida, o Juízo de origem decidiu:

12. DA PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA

O requerimento para que a substância apreendida seja submetida à perícia complementar, visando a determinar o 'grau de pureza' da droga, como pretendido pela defesa, não merece prosperar.

Com efeito, a Lei nº 11.343/2006 estabeleceu como circunstâncias preponderantes para a fixação da pena, no que diz respeito à substância, somente a quantidade e natureza. Nada mais.

Ora, se a Lei não estabeleceu como circunstância imprescindível para o juízo de culpabilidade o "grau de pureza" da substância, não cabe ao intérprete exigir tal providência.

Veja-se que a quantidade do material apreendido pode ser demonstrada de modo empírico por meio da constatação de seu peso líquido — o que ficou perfeitamente estabelecido já no laudo preliminar acostado aos autos (fls. 33/36).

Além disso, o "grau de pureza" da substância apreendida certamente passa ao largo do conhecimento da própria pessoa que transportava a droga. Diferentemente a quantidade, seguramente aferida pelo seu peso líquido, é perfeitamente possível de ser concebida pelo sujeito que realiza o transporte (sobretudo no caso dos autos, em que CRAIG JOSEPH GIFFORD, ao que consta, foi preso em flagrante com mais de seis quilos de cocaína na bagagem que transportava consigo — fls. 02/04).

A admissão da tese levantada pela defesa, portanto, estaria criando uma nova exigência, não prevista pela Lei, especulando sobre o subjetivo "número de doses em que o material 'poderia' ser fracionado, de acordo com o que 'normalmente' se verifica nas ruas". Como se vê, cuidam-se de meras especulações e elucubrações, bem distantes da segura constatação do peso líquido e da natureza da substância. (...)

Por todo o exposto, INDEFIRO o pedido formulado pela Defensoria Pública da União para que seja realizada perícia complementar na substância apreendida, visto que o laudo preliminar constante nos autos atesta de forma precisa e satisfatória a natureza e a quantidade da substância.

3. Ao manter o indeferimento do pedido de realização de perícia complementar, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou:

Não restou demonstrado o alegado constrangimento ilegal.

Consta do Auto de Prisão em Flagrante que, em 14.12.14, o paciente foi preso tentando embarcar no Aeroporto Internacional de São Paulo (SP), em voo da companhia aérea "Etihad Airways", Abu Dhabi (Emirados Árabes), tendo como destino final Manila, Filipinas (12/13), trazendo

consigo 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína (fl. 23).

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de Craig Joseph Gifford pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c. c. o art. 40, II, ambos da Lei nº 11.343/2006 (fls. 55/56).

O laudo de preliminar de constatação nº 4743/2014 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP foi positivo para 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína (fls. 17/19.), sendo essa conclusão corroborada pelo laudo definitivo de química forense nº 4846/2014 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 43/46).

Ao oferecer defesa prévia, a Defensoria Pública da União requereu a complementação dos laudos periciais para que os peritos esclarecessem o grau de pureza da substância apreendida em poder da paciente (fls. 99/103v.).

O MM. Juízo a quo indeferiu o pedido da defesa (...).

Não vislumbro nulidade na decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo de exame químico-toxicológico, sendo que a indicação do grau de pureza da droga não desqualifica a natureza entorpecente da substância e nem é apta a influir na dosimetria da pena.

O laudo pericial concluiu que foram apreendidos em poder do paciente 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína, indicando a quantidade e a natureza da droga, em atenção ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

4. Esse julgado foi mantido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Irrepreensível o acórdão impugnado, haja vista que em absoluta consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu pela desnecessidade de se aferir o grau de pureza da droga para fins de fixação da pena. Com efeito, a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece como preponderantes a natureza e a quantidade de entorpecentes, independentemente da pureza da substância, de quanto ela poderia render ou de quanto ela está misturada a outros produtos nocivos à saúde.

5. Esse julgado harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÕES DE: 1º) CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO DO LAUDO PERICIAL QUANTO À PUREZA DA

COCAÍNA APREENDIDA; 2º) NULIDADE DO PROCESSO PELA NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO APESAR DE O PACIENTE TER SE DECLARADO USUÁRIO DE DROGAS ENTORPECENTES. 1. Habeas-corpus não conhecido quanto à alegação de nulidade pela não realização de exame toxicológico, porque a questão não foi submetida ao Tribunal apontado como coator, não sendo, portanto, competente o Supremo Tribunal Federal para reexaminá-la. 2. O tipo penal do art. 12 da Lei de Tóxicos exige que se trate de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, não distinguindo a espécie da substância nem o seu grau de pureza. 3. O relato dos peritos não deixou espaço para a tese do impetrante, fundada na suposição de que a substância poderia estar tão diluída em outras não entorpecentes a ponto de descaracterizar o tipo penal. 4. Habeas-corpus conhecido em parte, e nesta parte indeferido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para prosseguir no julgamento da matéria de sua competência, como entender de direito (HC nº 75.728, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 13.02.1998).

O Procurador-Geral da República proferiu parecer nos seguintes termos:

10. Não há como vislumbrar, de fato, qualquer constrangimento ilegal ao paciente, pois o indeferimento fundamentado de pedido de realização de prova não configura cerceamento de defesa. Afinal, cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias para a elucidação dos fatos ou mesmo as diligências protelatórias, nos termos do art. 411, § 2º, do CPP1, devendo a sua imprestabilidade ser devidamente justificada pela parte. Precedentes: HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 04/05/2010; HC nº 106.734/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 4/5/11; HC 108.961, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11; AI nº 794.090/SP-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/02/11; e AI nº 617.818/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22/11/10; e RHC 126.853-AgR, Rel. Min. Luz Fux, DJe-182 de 15-09-2015).

11. No que concerne à apontada imprescindibilidade da diligência requerida pela defesa e indeferida pelo Juízo processante, cumpre registrar que a tese é totalmente descabida, pois o simples fato de a droga estar misturada com outros ingredientes não afasta a sua natureza mais nociva, se comparada com outras drogas, tampouco enseja a relativização da quantidade de entorpecente apreendido, uma vez que para fins de mensuração não se considera apenas o volume

de substância pura encontrada, mas sim a totalidade de material arrecadado, exatamente como na espécie.

12. Deve-se ressaltar que, quanto mais alto o grau de pureza do entorpecente, mais porções poderá render e maior quantidade de “consumidores” poderá atingir, posto que irá, necessariamente, passar por um processo de mistura e multiplicação. Assim, se for constatado que a droga apreendida ostenta um alto grau de pureza, tal circunstância certamente deverá ser considerada como desfavorável ao réu na primeira fase da dosimetria, em razão de sua altíssima potencialidade lesiva.

13. Por outro lado, caso seja verificado que o entorpecente possui um menor grau de impureza, isso não implicará, como faz parecer a impetrante, na redução do seu potencial de disseminação. Tal informação presta-se apenas para demonstrar que a substância está mais próxima do produto final a ser comercializado, sem que se possa falar em redução da quantidade de porções disponibilizadas para venda e, tampouco, em menor probabilidade de lesão ao bem jurídico.

14. Com efeito, a “pureza” da droga apreendida não altera a reprovabilidade da conduta do paciente, pois aquela quantidade será revendida em sua totalidade como substância entorpecente “cocaína”, não podendo prosperar a tese da Defensoria Pública de que um “número inferior de pessoas será afetada por essa droga”. Destarte, a quantidade apreendida está apta a ser avaliada como circunstância essencial para dosimetria da pena-base, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

15. Ademais, o legislador não invocou o grau de pureza das substâncias apreendidas como fator influenciador do cálculo penal. O aresto impugnado, portanto, não comporta qualquer reparo (...).

16. Por fim, a inexistência de especificação do teor da cocaína apreendida com o paciente não impediu o magistrado de aplicar uma pena justa, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, como de fato aconteceu in casu.

6. Para analisar a alegação da Impetrante de a perícia complementar na substância entorpecente apreendida ser imprescindível, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

Este Supremo Tribunal assentou que o “*habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento*” (HC nº 74.295, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.06.2001).

7. Pelo exposto, **voto pela denegação da ordem.**

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 132.909

PROCED.: SÃO PAULO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): CRAIG JOSEPH GIFFORD

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 15.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira — Secretária