RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 108.061 - MG (2019/0037307-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	H S F (PRESO)
ADVOGADOS	:	CARLOS ALBERTO DOS SANTOS E OUTRO(S) - MG063079 RODNEY DO NASCIMENTO E OUTRO(S) - MG074295B
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido liminar, interposto por **H S F**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o recorrente cumpre pena total de 45 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, com previsão para a concessão de progressão de regime em 11/9/2023 e, para o livramento condicional, em 19/4/2033.

Em decisão proferida em 8/5/2018, o d. Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Carmo do Paranaíba/MG reconheceu a falta disciplinar grave cometida pelo recorrente em 19/12/2017 (prática de crime doloso), fixou a referida data como marco para futura progressão de regime e determinou a perda de 1/3 dos dias remidos.

Irresignada, a Defesa impetrou **habeas corpus**, requerendo o afastamento da falta grave e seus consectários legais, mas o eg. Tribunal de origem denegou a ordem, conforme v. acórdão assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. VIA IMPRÓPRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *- O agravo em execução (art. 197, LEP) é o recurso adequado para questionar as decisões do Juiz da Execução, não cabendo ao habeas corpus fazer-lhe as vezes, exceto quando for flagrante a coação ilegal, decorrente de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia da decisão.*
>
> *- Estando devidamente fundamentada a decisão que reconheceu a falta grave em desfavor do paciente, não há que se*

falar na existência de constrangimento ilegal."

Nesta Corte, foi interposto o **RHC n. 103.646/MG**, o qual não foi conhecido, mas teve a ordem concedida, de ofício, para anular o v. acórdão proferido nos autos do **Habeas Corpus** n. 1.0000.18.080205-0/000, determinando que o eg. Tribunal **a quo** apreciasse as questões suscitadas.

O referido **writ** foi reapreciado pelo eg. Tribunal estadual, que em 6/12/2018 denegou a ordem (fls. 189-196), conforme v. acórdão assim ementado (fl. 190):

> "*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL ORDEM ANTERIORMENTE DENEGADA. ANÁLISE DETERMINADA PELO STJ EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA GRAVE. PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. PRESCINDIBILIDADE. NOVO MARCO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ADEQUAÇÃO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *- A ausência de laudo toxicológico definitivo não configura óbice ao reconhecimento da prática da falta grave nos termos do art 52 da LEP, considerando a existência de outros elementos que comprovam a prática da conduta imputada.*
>
> *- Estando devidamente fundamentada a decisão que reconheceu a falta grave em desfavor do paciente, não há que se falar na existência de constrangimento ilegal.*
>
> *- A fixação de novo marco para a obtenção de benefícios e a declaração de perda de 1/3 dos dias remidos encontra amparo na Súmula 534 do STJ e no artigo 127 da LEP, não havendo que se falar em ilegalidade."*

Daí o presente recurso ordinário, no qual a Defesa técnica requer, em síntese, o afastamento da falta grave reconhecida pelo Juízo de 1º grau, bem como de seus consectários.

Alega que a ausência de laudo toxicológico, bem como de instauração de inquérito policial ou de denúncia para apurar a conduta, impede o reconhecimento da falta grave de posse de drogas.

Aduz, ainda, que, mesmo que fosse possível o reconhecimento da

falta grave, não se admite a alteração da data-base para concessão de novos benefícios. Afirma que a perda dos dias remidos não foi fundamentada.

Requer, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que "*seja afastado o reconhecimento da prática de falta grave, bem como de seus consectários dentre os quais a fixação de nova data-base para concessão de benefícios e progressão de regime, bem como a perda do dias remidos"* (fl. 226).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 247-249.

O Ministério Público Federal, em parecer às fls. 254-262, opinou pelo **desprovimento** do recurso, nestes termos:

> *"RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE, CONSISTENTE NA POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO, NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL MANTENEDOR DA DECISÃO DA VEP QUE DETERMINOU A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL E A PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. WRIT QUE BUSCA O AFASTAMENTO DA FALTA GRAVE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO, POR SER IMPRESCINDÍVEL A APRESENTAÇÃO DE LAUDO TOXICOLÓGICO. DESCABIMENTO. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR DEVIDAMENTE DEMONSTRADA, MORMENTE PELA CONFISSÃO DO RÉU. PLEITO DE QUE A DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NO PROCESSO EXECUTÓRIO DA PENA NÃO SOFRA ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. A PRÁTICA DE FALTA GRAVE TEM COMO CONSEQUÊNCIAS A MUDANÇA NA CONTAGEM DO PRAZO PARA O AUFERIMENTO DE FAVORES LEGAIS AO LONGO DA EXECUÇÃO PENAL, A TRANSFERÊNCIA DO APENADO A REGIME MAIS RIGOROSO E A PERDA DOS DIAS REMIDOS, LIMITADA AO PATAMAR DE 1/3, CONFORME A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA AO ART. 127 DA LEP PELA LEI 12.433/2011. ALEGATIVA DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETOU A PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS. DESCABIMENTO. DECISUM DEVIDAMENTE MOTIVADO, COM APOIO NO ART. 57 DA LEP. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR*

LIMITADA PELA RAZOABILIDADE E PELA PROPORCIONALIDADE. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO."

Pedido de sustentação oral à fl. 201.

É o relatório.

Decido.

Busca-se, na presente impetração, em síntese, o afastamento da falta grave reconhecida pelas instâncias ordinárias, em razão de posse de substância entorpecente para consumo próprio.

Sobre a ausência de laudo pericial para comprovação da materialidade da falta grave, impugnada pela defesa, o v. acórdão vergastado assim se pronunciou: *"no que concerne à alegação de que a ausência de laudo toxicológico definitivo configuraria óbice ao reconhecimento da falta grave imputada, saliento o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça no sentido de que a falta do referido laudo pode ser suprida por outros elementos"* (fl. 193).

Portanto, o Tribunal **a quo** entendeu ser dispensável a elaboração do laudo toxicológico para o reconhecimento da falta grave, ao argumento de que poderia ser suprido por outros elementos constantes dos autos.

Denota-se que a falta grave imputada ao ora recorrente decorre da prática, em tese, da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, já o art. 50, § 1º, desta Lei estabelece que,: *"para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea".*

Ademais, a disposição contida no art. 158 do Código de Processo Penal, **in verbis**: *"quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".*

Assim, em decorrência da apreensão de suposta substância entorpecente, é necessária a elaboração de laudo de constatação preliminar da

droga para configurar a materialidade do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, consequentemente, caracterizar o cometimento de falta disciplinar grave.

Dessa forma, **in casu**, considerando a ausência de prova da materialidade delitiva, não é possível apontar a existência de falta grave em desfavor do recorrente.

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que é imprescindível a elaboração de laudo toxicológico, ainda que preliminar, para a caracterização da falta grave decorrente da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, por ser o laudo necessário à comprovação da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal e do art. 50, § 1°, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

> *"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FALTA GRAVE. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO TOXICOLÓGICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que é imprescindível a elaboração de laudo toxicológico, ainda que preliminar, para a caracterização da falta grave decorrente de crime tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06, por ser o laudo necessário à comprovação da materialidade delitiva, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal e do art. 50, § 1°, da Lei n. 11.343/06. Precedentes.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a r. decisão do Juízo da Execução que*

não reconheceu a falta grave." (HC 353.303/MG, ***Quinta Turma, de minha relatoria*** *DJe 03/08/2016)*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRÁTICA DE DELITO NO CURSO DO CUMPRIMENTO DA PENA. TRÁFICO E POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE LAUDO DE CONSTATAÇÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPRESCINDIBILIDADE PARA VERIFICAÇÃO DE MATERIALIDADE DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. [...]

2. Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento no sentido da imprescindibilidade de laudo de constatação da substância entorpecente em casos de cometimento de falta grave em razão da prática de crime no curso da execução da pena.

3. In casu, a ausência de apreensão da substância entorpecente e, em consequência, a falta de laudo de constatação da toxicidade da droga, impõe-se o afastamento da falta grave.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a falta grave imputada ao paciente." (HC 381.883/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 03/05/2017)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGA NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DO LAUDO TOXICOLÓGICO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte firmou orientação no sentido da imprescindibilidade do laudo toxicológico para comprovar a materialidade da infração disciplinar e a natureza da substância encontrada com o apenado no interior de estabelecimento prisional.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o reconhecimento da falta grave e de todos os seus eventuais efeitos, sem prejuízo de que a mesma volte a ser reconhecida, após a prévia realização de exame toxicológico na substância encontrada na posse do apenado, respeitando-se o prazo prescricional." (HC 373.648/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 24/02/2017)

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Superior Tribunal firmou entendimento de que a atribuição de falta grave ao apenado pela posse de drogas para consumo próprio, conforme previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, demanda a elaboração do laudo toxicológico definitivo da natureza e da quantidade do entorpecente, sem o qual não há falar em materialidade delitiva. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a decisão de primeiro grau que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente e seus efeitos." (HC 370.203/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 18/11/2016)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. POSSE DE ENTORPECENTES. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIOS. MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO TOXICOLÓGICO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Mostra-se imprescindível o exame toxicológico laboratorial para que se comprove a natureza entorpecente da substância em laudo definitivo cuja ausência gera nulidade absoluta, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional.

2. Há de se aplicar o mesmo entendimento, da necessidade do exame toxicológico, aos casos de cometimento de falta disciplinar de natureza grave, por posse de "drogas", delito que deixa vestígios, para comprovação da materialidade delitiva. Precedentes desta Corte.

3. Ordem concedida a fim de declarar nula a decisão do Juízo das Execuções Criminais, que reconheceu a

prática da falta grave sem a juntada do exame de constatação da substância apreendida." (HC 406.154/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 04/12/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA SEM LAUDO TOXICOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a posse de substância entorpecentes, ainda que para fins de reconhecimento de falta grave no âmbito administrativo, não prescinde de laudo toxicológico para atestar sua materialidade.

Precedentes.

*2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 387.306/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 08/05/2017)*

Verificada, portanto, a ocorrência da flagrante ilegalidade apontada.

Diante do exposto, **dou provimento ao presente recurso em habeas corpus**, com amparo no art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, para afastar a falta grave imputada ao recorrente relacionada ao tipo do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois ausente o laudo toxicológico definitivo para a constatação da substância apreendida.

P. I.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro **Felix Fischer**

Ministro