

**EXTRATO DA ATA DA 81ª SESSÃO DE JULGAMENTO, EM 25 DE SETEMBRO DE 2012**

Presidência do Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO.

Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, Cleonilson Nicácio Silva e Luis Carlos Gomes Mattos.

O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior encontra-se em gozo de férias.

Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Hermínia Célia Raymundo.

**EMBARGOS Nº 23-91.2011.7.09.0009 - DF - Relator Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA. Revisor Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES. EMBARGANTES: MARCELO DOS SANTOS MEDINA e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, Sds Ex. EMBARGADO: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 25/04/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009. Adv. Defensoria Pública da União.**

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou os Embargos Infringentes do Julgado, mantendo na íntegra o Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Relator), FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Revisor), MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA acolhiam os Embargos opostos pelos Sds Ex MARCELO DOS SANTOS e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, para fazer prevalecer a declaração de voto da lavra do Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, proferida na Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009. Relator para o Acórdão Ministro RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO. O Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA (Relator) fará voto vencido. O Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (Revisor) fará declaração de voto.

**JÂNIO ROBÉRIO DINIZ LEITE**  
Coordenador

RELATOR: Ministro Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA.  
REVISOR: Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES.  
RELATOR p/  
o ACÓRDÃO: Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO.  
EMBARGANTES: MARCELO DOS SANTOS MEDINA e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, Sds Ex.  
EMBARGADO: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 25/04/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009.  
ADVOGADO: Defensoria Pública da União.

EMENTA: Embargos. Posse de entorpecente. Laudo pericial. Conjunto probatório. Prequestionamento de matéria constitucional.

Incabíveis os argumentos dos Embargantes, tendo em vista ter plenamente caracterizada a materialidade do delito de posse de entorpecente, por meio da confissão e do conjunto probatório, não se vislumbrando no alegado problema atipicidade da conduta nem ausência de provas.

A elaboração do exame de constatação por dois peritos da Polícia Civil - da Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico (DENAR), da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS - possui idoneidade suficiente para atestar a materialidade delitiva.

Os autos não atestam qualquer afronta aos dispositivos da Carta Magna de 88, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, citados especificamente para prequestionamento.

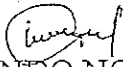
Embargos defensivos rejeitados.

Decisão por maioria.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em rejeitar os Embargos de Infringentes do Julgado, mantendo na íntegra o Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 25 de setembro de 2012.

  
Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO  
Relator para o Acórdão

RELATOR: Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA.  
REVISOR: Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES.  
RELATOR p/  
o ACÓRDÃO: Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO.  
EMBARGANTES: MARCELO DOS SANTOS MEDINA e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, Sds Ex.  
EMBARGADO: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 25/04/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009.  
ADVOGADO: Defensoria Pública da União.

## RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes do Julgado opostos pelos Sds Ex Marcelo dos Santos Medina e Rudney dos Santos Prestes, contra o Acórdão desta Corte prolatado nos autos da Apelação (FO) nº 23-91.2011.7.09.0009/DF.

O Acórdão impugnado retratou Decisão desta Corte que, por maioria, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa, ante a ausência de materialidade do delito, e no mérito, por maioria, negou provimento ao Apelo defensivo para reformar a sentença que condenou os Réus à pena de 1 (um) ano de reclusão, cada um, pelo crime do art. 290 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares, Relator para o Acórdão, assim ementou (fl. 244), *in verbis*:

*“EMENTA: Apelação. Art. 290 do CPM. Preliminar de nulidade arguida pela Defesa. Ausência de laudo toxicológico definitivo suprido por laudo de constatação de substância entorpecente elaborado por peritos idôneos da Secretaria de Segurança Pública do Estado. Positivo para maconha. Decisão por maioria.*

*Apreensão de substância entorpecente. Local sujeito à Administração Militar. Recurso da Defesa. Condenação em primeira instância. Autoria e materialidade comprovadas. Soldado recebeu a droga de colega e guardou-a no armário. Configurado o crime militar. Manutenção da sentença a quo. Nova Lei de Tóxicos. Impossibilidade de aplicação nesta Justiça Militar especializada. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Negado provimento ao recurso. Decisão por maioria.”*

Em Declaração de Voto Vencido (fls. 253/254 e 255/257), os Ministros Dr. José Coêlho Ferreira e Dr. Artur Vidigal de Oliveira expuseram, como objeto de divergência, a ausência da prova da materialidade do crime, por

não ter sido possível afirmar que a substância apreendida era entorpecente, em virtude da não realização do Laudo definitivo.

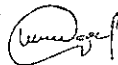
Intimada do Acórdão, em 15 de junho de 2012, a Defensoria Pública da União, representando os Sds Ex Marcelo dos Santos Medina e Rudney dos Santos Prestes, opôs Embargos Infringentes do Julgado protocolizados em 26 subsequente.

Em Razões de Embargos (fls. 265/270), pugnam os embargantes para que os embargos sejam providos nos termos dos votos divergentes. Nesse contexto, aduz a Defesa que o perito, pelo Laudo de Exame de Constatação de fl. 38, concluiu que a substância apreendida tratava-se de *cannabis sativa Linneu*, conhecida como *MACONHA*, tão somente por ter levado em consideração o aspecto, cheiro, a coloração e a presença de sementes características da referida erva. Alega, porém, que não foi elaborado o Laudo Definitivo para se comprovar a materialidade do crime, pois poderia haver possibilidade de a substância encontrada com os embargantes não ser entorpecente de uso proscrito, ainda que o suposto agente acreditasse nessa possibilidade. Ou seja, defendeu que, ainda que Laudo Provisório tenha sido realizado em Delegacia especializada no combate ao Narcotráfico, o fato de os peritos terem feito análise sensorial (cheirado e observando a cor da substância) não é suficiente para demonstrar sem sombra de dúvidas que a substância era *cannabis sativa Linneu*, e, menos ainda, que continha tetrahydrocannabinol - THC em sua composição. Por essa razão, prequestionando a disposição constitucional inserta no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República de 88, bem assim o art. 8, item "2", alínea f, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de fazer prevalecer os votos de fls. 253/254 e de fls. 255/257.

Os Embargos foram admitidos pelo Relator (fl. 276), uma vez que atendidos os requisitos legais, na forma dos arts. 538 e 540, ambos do CPPM, c/c o art. 119, inciso I e § 1º, do Regimento Interno do STM.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do ilustre Dr. José Garcia de Freitas Júnior, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, pronuncia-se pela rejeição dos embargos, mantendo íntegros os termos v. Acórdão hostilizado (fls. 281/284).

É o Relatório.



## VOTO

Os Embargos opostos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de Embargos opostos pela Defensoria Pública da União, em nome de Marcelo dos Santos Medina e Rudney dos Santos Prestes, ex-Sds Ex, contra o Acórdão desta Corte prolatado nos autos da Apelação (FO) nº 23-91.2011.7.09.0009, no julgamento datado de 24 de abril de 2012.

No julgamento da Apelação (FO) nº 23-91.2011.7.09.0009, os Ministros José Coelho Ferreira e Artur Vidigal de Oliveira davam provimento ao apelo da Defensoria Pública da União para reconhecer a ausência da prova da materialidade da conduta delitiva imputada aos réus.

Em Razões de Embargos (fls. 265/270), a Defensoria Pública da União postula o conhecimento e o provimento dos Embargos, nos termos dos Votos vencidos, para reformar o Acórdão, reconhecendo-se a ausência de comprovação da materialidade delitiva e a absolvição dos réus da imputação a eles feita.

Para fins de prequestionamento, aponta a contrariedade ao art. 5º, incisos LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa), da Carta Magna de 1988; ao art. 8º, item 2, alínea *f*, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Naturalmente, os argumentos da Defensoria Pública da União, firmados a partir da divergência exposta no Voto vencido dos ilustres Ministros, devem ser rejeitados *in totum*.

Esse é exatamente o entendimento majoritário desta Corte, materializado com propriedade no Acórdão vergastado que rejeitou, por maioria, a preliminar suscitada, nos seguintes termos do Voto da relatoria do ilustre Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares (fl. 250), *in verbis*:

*“Preliminarmente, a Defesa arguiu nulidade do processo em razão da ausência de confecção de laudo toxicológico definitivo.*

*Não merece acolhimento a aludida preliminar. No caso em apreço, a elaboração do exame de constatação nº 308/2011, por dois peritos da Polícia Civil - da Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico (DENAR), da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública/MS, possui idoneidade suficiente a atestar a materialidade delitiva. Nele, o material apreendido - 1,5g (um grama e cinco decigramas) - foi constatado como Cannabis sativa Linneu.*

*Não obstante se trate de laudo preliminar, houve apreensão da substância entorpecente e esta foi analisada e reconhecida como uma daquelas proscritas em lei.*

*A confissão dos acusados, tanto em procedimento inquisitorial quanto em Juízo, e o depoimento das testemunhas apontam para a configuração da materialidade do delito.*



*Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade arguida pela Defesa, por falta de amparo legal."*

Acresce-se a isso as considerações do ilustre parecerista da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fl. 283), *in verbis*: "(...) não deve prevalecer a tese defensiva, tendo em vista que a materialidade foi comprovada nos autos não apenas pelo laudo pericial, ainda que incompleto, e sim pelo conjunto de elementos de convicção que trazem ao julgador a certeza da materialidade do delito."

Desse modo, como os fatos constantes dos autos caracterizam a prática de crime tipificado no art. 290 do CPM, eles afastam quaisquer dúvidas sobre do conjunto probatório da conduta imputada aos Embargantes. Logo, não há que se falar em absolvição.

Por fim, cabe tratar dos dispositivos mencionados pelo representante da Defensoria Pública da União, para fins de prequestionamento.

Em sede constitucional, a Defesa citou a suposta violação aos preceitos insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV. Todavia, não se vislumbram quaisquer ofensas a tais dispositivos da Carta Magna, no curso do presente processo.

No que concerne ao pedido de prequestionamento quanto à aplicabilidade da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, item 2, alínea *f*, entende-se não ter havido qualquer violação aos itens acima trazidos.

Desde que o Brasil tornou-se responsável pela implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tais normas de direito internacional foram inseridas no ordenamento jurídico nacional, em consonância com princípio constitucional segundo o qual todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça.

Os dispositivos citados pela Defesa, extraídos do texto dos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, fazem menção às garantias judiciais, especificamente, o direito da defesa de inquirir os peritos.

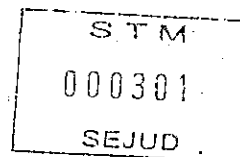
Entretanto, no caso, não houve ofensa ao direito da defesa de inquirir os peritos, conforme art. 8º, item 2, alínea *f*, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, até porque não há nos autos qualquer manifestação expressa nesse sentido, ou seja, impossível negar o que não foi pedido em momento processual oportuno.

Assim, não sendo aplicável ao caso concreto, pelas razões já expostas, reputa-se inexistir qualquer ofensa às garantias judiciais do art. 8º, item 2, alínea *f*, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O mesmo raciocínio acima mencionado aplica-se ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ou seja, são tais dispositivos



SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR  
EMBARGOS Nº 23-91-2011.7.09.0009/DF



inaplicáveis ao caso concreto e, portanto, não pode existir qualquer ofensa a dispositivo que não tenha incidência sobre o caso em questão.

Ante o exposto, rejeito os presentes Embargos por falta de amparo legal, mantendo íntegro o Acórdão desta Corte, exarado nos autos da Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Luiz" followed by a flourish.

## VOTO VENCIDO

No julgamento dos presentes autos, votei vencido porque acolhia os Embargos opostos pelos Sds Ex MARCELO DOS SANTOS e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, para fazer prevalecer a declaração de voto da lavra do Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, proferida na Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009.

2. Os embargantes foram condenados perante a Primeira Instância da JMU à pena de 01 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

3. No julgamento do apelo este Tribunal, por maioria de votos, rejeitou, por falta de amparo legal, a preliminar de nulidade arguida pela Defensoria Pública da União, ante a ausência de materialidade do delito. Nessa assentada, alinhei-me à corrente minoritária e julgava pelo não conhecimento da matéria como preliminar, por estar imbricada com o mérito do processo, na forma do art. 79, § 3º, do RISTM. E, no mérito, esta Corte, por maioria, negou provimento ao Apelo da defesa, mantendo a Sentença *a quo*, ocasião em que, juntamente com os eminentes Ministros Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgava pela absolvição dos embargantes, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM.

4. Com efeito, é pacífico o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que todo crime que deixa vestígio, para que seja comprovada a sua materialidade, é indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a prova testemunhal, medida que também foi incorporada pela sistemática processual penal militar, nos termos do art. 328 do CPPM. Em se tratando da substância entorpecente, como é o caso dos autos, a materialidade do delito previsto no art. 290 do CPM deve ser comprovada mediante exame pericial segundo os métodos descritos na literatura especializada, a exemplo da constatação por *Reação com Fast Blue Salt B* e *Exames por Cromatografia em Camada Delgada (CCD)*.

5. *In casu*, os autos foram instruídos tão somente com o Laudo de Exame de Constatação de fl. 38, o qual foi elaborado sem a aplicação de qualquer método científico, pois a atuação do perito circunscreveu-se em analisar o aspecto, o cheiro, a coloração e a presença de sementes características para se concluir que a substância apreendida tratava-se de *CANNABIS SATIVA LINNEU*, conhecida como *MACONHA*. A partir disso, aguardava-se, então, a elaboração do Laudo Complementar ou Definitivo para atestar a materialidade do delito mediante a constatação do resultado positivo para presença de *Cannabis sativa L.* (MACONHA) e respectiva demonstração da substância ativa THC (**tetrahidrocanabinol**) em sua composição.

6. Aliás, durante a instrução criminal, até o *Parquet* militar se preocupou com a inexistência do Laudo Complementar ao requerer o exame toxicológico definitivo em relação ao Laudo de fl. 38, uma vez que percebeu a



fragilidade da comprovação da materialidade do delito (fls. 121-v). O pedido foi deferido pelo Juízo *a quo* à fl. 122-v, ocasião em que também tal providência foi solicitada à Unidade Militar (fl. 126), que, por sua vez, informou que o referido Laudo não foi confeccionado em virtude de a substância apreendida e os autos do APF encontrarem-se na Auditoria (fl. 128). Todavia, em nova manifestação (fl. 136), o Órgão ministerial manifestou-se pelo prosseguimento do feito, tendo o apelante sido condenado apesar da falta do Laudo Definitivo que poderia atestar a materialidade ou não do delito.

7. Não foi por outra razão que a corrente minoritária abriu a divergência para propor a absolvição do apelante com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM.

7.1 Nesse compasso, vale transcrever os seguintes fragmentos do voto vencido da lavra do eminente Ministro Artur Vidigal de Oliveira, *in litteris*:

*"No mérito votei vencido pelas razões que passo a expor.*

*Para que se demonstre a ocorrência do crime imputado aos Acusados faz-se necessária a realização de prova pericial que efetivamente comprove ser o material apreendido substância entorpecente.*

*Analisando os autos, observa-se que a única prova pericial produzida foi o Laudo de Constatação Preliminar que, mediante análises exclusivamente sensoriais, afirmou conter no material apreendido cannabis sativa linneu, vulgarmente conhecida como maconha.*

*Apesar de o Ministério Público, no prazo do art. 427 do CPPM, haver solicitado a realização do Exame Toxicológico Definitivo, nenhuma providência foi tomada.*

*Portanto, o Laudo Preliminar, cuja função deveria ser dar viabilidade à Denúncia, foi o único elemento utilizado pelo juízo condenatório na aferição da materialidade delitiva.*

*Não há como se manter uma condenação proferida nessas condições. De fato, a efetiva prova da materialidade do crime previsto no art. 290 do CPM exige a realização de análises químicas - não apenas sensoriais - que efetivamente comprovem a existência de canabinóides, ou seja, de substâncias existentes na cannabis sativa linneu, dentre as quais está o Delta 9 Tetrahydrocannabinol (THC), de uso proscrito no Brasil, de acordo com o relacionado na Portaria 344-SVS/MS da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Não foi o que ocorreu no presente caso.*

*Cabe dizer que na avaliação do conjunto probatório deve pesar sempre a harmonia, a confiabilidade e a segurança para que se firme a convicção da certeza do juízo, a quem a prova é endereçada, ressaltando-se, sempre, que não se mede a prova pela quantidade, mas sim qualidade e idoneidade." (fls. 255/256)*

7.2 No mesmo sentido o meu voto de fls. 253/254, *in litteris*:

*"No julgamento dos presentes autos, votei divergindo da douta maioria para dar provimento ao apelo da Defesa e reformar a Sentença a quo, absolvendo os Apelantes em relação ao delito previsto no art. 290*

do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, pelas razões que passo a expor.

2. Entendia que a materialidade do crime restava prejudicada, tendo em vista que não foi confeccionado o Laudo Pericial Definitivo para constatação da substância entorpecente.

3. Muito embora o MPM tenha constatado a ausência do referido Laudo e, no prazo do art. 427 do CPPM, tenha requerido sua realização (fl. 121-verso), tendo sido o pleito deferido pelo Juízo a quo (fl. 122-verso), este Laudo Definitivo não foi apresentado.

4. Para justificar esta ausência, foi enviado o Ofício nº 125-Sect.1 afirmando que a impossibilidade ocorreu em razão da substância apreendida ter sido enviada à Auditoria (fl. 128). Diante desta justificativa, o Parquet e o Juiz prosseguiram no feito. Contudo, a meu ver, diante da ausência do Laudo Pericial Definitivo, o MPM deveria ter insistido na confecção do laudo e o Juiz a quo deveria ter determinado a remessa da substância e a suspensão do feito até que fosse apresentado o referido laudo, o que não aconteceu.

5. A confecção do Laudo Definitivo é indispensável para que seja imposto decreto condenatório ao réu. O Laudo Preliminar, por sua vez, tem a função de embasar o oferecimento da denúncia, devendo, portanto, ser analisado em benefício da sociedade. No presente caso, embora tenha sido realizado pela Delegacia Especializada de Combate ao Narcotráfico, por peritos oficiais, o laudo apresentado à fl. 38 não está apto a fundamentar a condenação dos Apelantes. Essa impossibilidade mostra-se ainda mais evidente ao se verificar que o laudo atestou tratar-se de Cannabis sativa Linneu com base exclusivamente no cheiro, na coloração e na presença de sementes características. Assim, a constatação ocorreu sem que fosse realizado nenhum exame químico.

6. Diante disso, entendia que não estava demonstrada a materialidade do delito, por não ser possível afirmar que a substância apreendida se tratava de entorpecente.

7. Ressalto que, embora a ausência de Laudo Definitivo tenha sido suscitada em sede de preliminar, entendi por bem apreciá-la no mérito, com fulcro no art. 79, § 3º, do RISTM, tendo em vista que a falta de perícia que comprovasse se tratar efetivamente de substância entorpecente é razão para absolver os Apelantes por falta de prova:

Art. 79. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com as decisões daquelas.

(...)

§ 3º Quando a preliminar confundir-se com o mérito, não deverá ser conhecida e será apreciada quando do exame do mérito.

8. Assim, analisando o mérito, entendia que a ausência de Laudo Pericial Definitivo implicava a inexistência de materialidade delitiva na referida ação penal, o que resultaria na atipicidade da conduta e conseqüente absolvição dos Apelantes."

7.3 Esse também é o posicionamento da nossa Excelsa Corte, de acordo com o seguinte precedente, assim ementado, *in litteris*:

*“EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Delito que deixa vestígio. Exame preliminar. Insuficiência. Falta de laudo pericial sobre as substâncias apreendidas. Inadmissibilidade de exame indireto. Absolvição dos pacientes decretada. HC concedido para esse fim. Interpretação do art. 328 do CPPM. Precedentes. Inviável a condenação por delito de porte de substância entorpecente, quando não se tenha realizado exame definitivo nas substâncias apreendidas.” (Habeas Corpus nº 92845, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, Decisão publicada em 09/10/2009).*

8. Assim, fica patente que a condenação dos embargantes violou frontalmente os preceitos constitucionais insertos nos incisos LIV e LV da Constituição Federal, bem assim o art. 8, item “2”, alínea “f”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o feito prosseguiu até a sentença de mérito sem que se buscasse comprovar a materialidade do delito mediante a realização do exame pericial da substância apreendida segundo os métodos de constatação descritos e reconhecidos pela literatura especializada, matéria que inclusive foi suscitada pela Defesa desde a apresentação de suas alegações escritas de fls. 142/147.

9. Portanto, entendi que deveriam prevalecer os votos fls. 253/254 e de fls. 255/257, os quais concluíram pela absolvição dos embargantes ante a inexistência da materialidade do delito capitulado no art. 290 do CPM.

Por essas razões, votei vencido para acolher os presentes embargos infringentes, absolvendo os embargantes do crime previsto no art. 290 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

Brasília, 25 de setembro de 2012.

  
Ministro JOSE COELHO FERREIRA  
Relator

RELATOR: Ministro Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA.  
REVISOR: Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES.  
EMBARGANTE: MARCELO DOS SANTOS MEDINA e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES, Sds Ex.  
EMBARGADO: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 25/04/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 23-91.2011.7.09.0009.  
ADVOGADO: Defensoria Pública da União.

### DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido, divergindo da maioria dos meus eminentes pares pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas:

Os Embargos de nulidade e infringentes opostos pela Defesa dos Sds Ex MARCELO DOS SANTOS MEDINA e RUDNEY DOS SANTOS PRESTES fundamentam-se na Declaração de Voto Vencido proferida pelos Eminentes Ministros JOSÉ COELHO FERREIRA e ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, em face de Acórdão desta Corte que, por maioria de votos, rejeitou, por falta de amparo legal, a preliminar de nulidade arguida pela Defensoria Pública da União.

Colenda Corte! Razão assiste ao nobre Defensor Público, uma vez que, efetivamente, a materialidade do delito restou prejudicada quando a condenação se sustentou em prova frágil, sem uma perícia definitiva que comprovasse, suficiente e efetivamente, que a substância portada tratava-se de entorpecente de uso proscrito no Brasil, de acordo com os enunciados na Portaria 344-SVS/MS da ANVISA.

Segundo acostado nos autos, o Laudo apresentado para embasar a Denúncia (fls. 02/03) tratava-se de perícia preliminar, baseada apenas no cheiro, na coloração e em sementes características da matéria apreendida, sem que se fizesse nenhuma constatação química da substância. Ou seja, a denúncia apresentada baseou-se em evidências visuais da substância.

Entretanto, pelos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, entre outros, a condenação deverá ser feita pela comprovação certa da materialidade e autoria do delito. Verifica-se que o decreto condenatório baseou-se em evidências. O caráter subsidiário e fragmentário do direito penal baliza sua aplicação de modo que a sanção penal é aplicada na constatação da materialidade e autoria.

O laudo pericial preliminar serve tão somente para a propositura da Ação Penal, uma vez que aponta indícios de materialidade, o que basta para oferecê-la.

É admissível, inclusive, que se fosse realizado o laudo definitivo, com a análise química da substância, o objeto em análise poderia se tratar de substância qualquer, que talvez não se configurasse como entorpecente. É por meio dessa dúvida que a condenação encontra-se prejudicada. A não culpabilidade e o *in dubio pro reo*, princípios fundamentais para a não condenação, reforçam a necessidade da declaração da inocência dos acusados por falta de materialidade, isto é, de provas consistentes que indiquem a definição da substância.

Na tentativa de suprir o laudo pericial definitivo, procura-se apoiar nas testemunhas apresentadas em juízo. Pelos depoimentos analisados, tem-se a certeza tão somente da autoria do delito, uma vez que afirmam que a substância encontrada estava sob a posse do Sd MEDINA (1º acusado), a pedido do Sd PRESTES (2º acusado). No mais, os depoentes afirmam que nunca viram alguém usar drogas no quartel (fls. 110/111 e 112/113).

Quanto à confissão, a doutrina evidencia que não pode ser a única prova a ser usada contra o sujeito, devendo ser melhor usada como referencia/reforço da condenação, utilizada, pois, para a atenuação da pena pelo seu fator de cooperação espontânea. Como bem analisa CÉLIO LOBÃO, *"Para sua validade, a confissão deve estar em concordância com as demais provas dos autos. Com efeito, a confissão isolada, sem outras provas que lhe sirvam de suporte e criem a certeza da veracidade, não é suficiente para formar a convicção do juiz"* (DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR, CÉLIO LOBÃO, 2009, editora método, Pág. 362).

A título de comparação, a justiça penal comum, pela Lei nº 11.343/2006, evidencia, principalmente, em seu art. 50, §1º, que o "laudo de constatação" provisório presta-se a comprovar a materialidade delitiva para fins da prisão em flagrante e oferecimento/recebimento da denúncia. Em uma interpretação sistemática da referida lei, percebe-se que esse laudo de constatação é precário, somente servindo até os momentos investigatórios e para a proposição da Ação penal. A eventual condenação não dispensa a confirmação de um laudo toxicológico definitivo, conforme se extrai dos textos da Lei nº 11.343/06 em cotejo com a sistemática tradicional do Código de Processo Penal.

*"Art. 50, § 1º. 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."*

Portanto, há que se reparar no Acórdão hostilizado, para melhor análise das questões articuladas.

Por tais razões, coerente com meu posicionamento anterior, proferido no julgamento da Apelação, acolho os presentes Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa para, reformando o v. Acórdão embargado, absolver os Embargantes do crime previsto no art. 290 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Brasília, 01 de outubro de 2012.



Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES  
Revisor