



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.610 - MG (2009/0142332-1)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : RICARDO PEREIRA RODRIGUES
ADVOGADO : JOSÉ EUSTÁQUIO MOREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

I – O tipo previsto no **art. 12 da Lei nº 6.383/76**, é **congruente** ou **congruente simétrico**, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, **v.g.**, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o **fim de traficar ou comercializar**. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (**Precedentes**).

II – O tipo previsto no **art. 16 da Lei nº 6.383/76**, este sim, como **delictum sui generis**, apresenta a estrutura de **congruente assimétrico** ou **incongruente**, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do **exclusivo uso próprio**. (**Precedentes**).

III - Na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da Lei nº 6.368/76.

Recurso **provido**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de agosto de 2010(Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.610 - MG (2009/0142332-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto pelo **Parquet** Estadual, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da **Lex Fundamental**, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n.º 10.826/03 e do art. 12 da Lei n.º 6.383/76.

O juízo monocrático julgou a inicial parcialmente procedente para desclassificar a imputação pela prática do crime de tráfico para uso de entorpecentes (art. 16 da Lei n.º 6.383/76), declarando, por conseguinte, extinta a punibilidade pela prescrição, condenando o recorrido pelo crime previsto no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, à pena de **02 (dois) anos de reclusão**, em regime aberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa. A pena privativa foi substituída por duas restritivas de direito.

Inconformado, o **Parquet** apelou. A c. Primeira Câmara Criminal do e. Tribunal **a quo**, negou provimento ao apelo. Eis a ementa do v. acórdão recorrido:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU O DELITO PARA USO DE ENTORPECENTES - NÃO HÁ PROVA DE MERCANCIA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

O tráfico de drogas não deve ser presumido, ao contrário, deve ficar comprovadamente demonstrado, de modo a não apresentar-se frágil e insegura a prova da mercancia ilícita. Destarte, deve ser mantida a sentença que desclassificou o crime de tráfico para o delito de uso de entorpecentes se as provas não são suficientes para demonstrar que a droga apreendida se destinava à comercialização." (fl. 159).

Daí o presente apelo nobre no qual o recorrente alega que, ao desclassificar o delito de tráfico para o de uso de entorpecentes, sob o fundamento de que não restou demonstrada a destinação mercantil da substância ilícita apreendida, a e. Corte Estadual negou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigência ao art. 12 da Lei nº 6.383/76. Requer, ao final, a condenação do recorrido nas iras do mencionado artigo da antiga lei de entorpecentes.

Admitido na origem, os autos subiram a esta Corte (fls. 181/182).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 190/200, manifestou-se pela remessa dos autos à Defensoria Pública para apresentar contrarrazões.

Contrarrazões apresentadas às fls. 206/211.

O i. membro do Ministério Público Federal, às fls. 213/215, manifestou-se pelo **parcial conhecimento e parcial provimento do recurso.**

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.610 - MG (2009/0142332-1)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA). DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

I – O tipo previsto no **art. 12 da Lei nº 6.383/76**, é **congruente** ou **congruente simétrico**, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, **v.g.**, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o **fim de traficar ou comercializar**. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (**Precedentes**).

II – O tipo previsto no **art. 16 da Lei nº 6.383/76**, este sim, como **delictum sui generis**, apresenta a estrutura de **congruente assimétrico** ou **incongruente**, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do **exclusivo uso próprio**. (**Precedentes**).

III - Na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da Lei nº 6.368/76.

Recurso **provido**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Nas razões do presente apelo excepcional, o recorrente pugna pela reforma do v. acórdão objurgado, que desclassificou o delito de tráfico para o de uso de entorpecentes.

O recurso comporta provimento.

A **quaestio** cinge-se à prescindibilidade ou não da demonstração do fim de mercancia (ou traficância) para a configuração do delito insculpido no **art. 12 da Lei nº 6.383/76**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vejamos.

Analisando o **tipo subjetivo** (art. 12) diz **Vicente Greco Filho** (in "Tóxico Prevenção - repressão", Saraiva, 8ª ed., p. 98) que **a lei não prevê o dolo específico** (vale dizer, **o especial fim de agir**). O tipo subjetivo se esgotaria no **dolo genérico** (na **concepção finalista e pós-finalista, dolo ou dolo natural**). E, segundo **Menna Barreto** (in "Lei de Tóxicos. Comentários por Artigo", Freitas Bastos, 5ª ed.): *"De modo que, em não se tratando de uso próprio, como verificaremos ao analisar o artigo 16, o fato de adquirir, guardar ou mesmo trazer consigo entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. O crime é de perigo abstrato e a presunção legal de dano à pessoa e à coletividade está plenamente justificada pelos malefícios que os tóxicos causam até mesmo à própria "integridade da estirpe" , conforme registra o Professor E. Magalhães Noronha. O bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, mais particularmente a saúde pública, sendo certo que o elemento subjetivo do delito está na vontade livremente dirigida no sentido da prática de alguma das ações previstas no tipo, caracterizando-se, destarte, o dolo como genérico ."* (fls. 73). Este, também, é

o entendimento (**acerca do tipo subjetivo**) de **Heleno C. Fragoso** (in "Lições de Direito Penal", PE, vol. II, p. 263, 1989, Forense) dizendo que o tipo subjetivo **"é constituído pelo dolo, ou seja, vontade livre e consciente de praticar qualquer das ações incriminadas, sabendo o agente que atua sem autorização legal ou regulamentar."**

O art. 12 da Lei 6.368/76 é tipo misto alternativo. A narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Isto é óbvio. A referida figura delitiva **não exige especial fim de agir**, digamos, da mercancia ou da traficância. É um **tipo congruente** (cfe. **MIR PUIG, MAURACH/ZIPF e G. JAKOBS**) ou **congruente simétrico** (cfe. taxionomia de **E. R. ZAFFARONI**). O tipo subjetivo se realiza tão só com o dolo (**dolus naturalis** ou avalorado). Nas figuras "adquirir, guardar" ou "trazer consigo", basta que não haja a finalidade do **exclusivo uso próprio**. Já, o tipo desenhado no art. 16, **delictum sui generis** em relação ao do art. 12, é que se mostra **incongruente** ou **congruente assimétrico**, exigindo o dolo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais o propósito do **exclusivo uso próprio**.

Desse modo, despiciendo para a caracterização do crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos a demonstração do especial fim de agir (**in casu**, traficar).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. **Pretório Excelso**:

"HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTE - MACONHA - QUANTIDADE PEQUENA - IRRELEVÂNCIA - CESSÃO GRATUITA A TERCEIROS DA SUBSTANCIA TOXICA - CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO (LEI Nº 6.368/76, ART. 12) - LAUDO PERICIAL E AUTO DE CONSTATAÇÃO FUNDAMENTADOS - REEXAME DE PROVA - INIDONEIDADE DO WRIT CONSTITUCIONAL - PEDIDO INDEFERIDO. -

A juntada do laudo de exame toxicológico após a produção das alegações finais não constitui causa de nulidade se, já havendo no processo o auto de constatação pericial, este identificou a substancia entorpecente e atestou-lhe a potencialidade ofensiva. A posterior anexação do laudo pericial apenas atua, em tal situação, como elemento confirmatório do próprio conteúdo do auto de constatação preliminar. - A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de trafico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substancia toxica. A cessão gratuita de substância canábica ("maconha") equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substancia toxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do trafico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei no 6.368/76. O conceito jurídico de trafico de entorpecentes, que emerge do texto da Lei no 6.368/76, revela-se amplo, na medida em que se identifica com cada uma das atividades materiais descritas na clausula de múltipla tipificação das condutas delituosas a que se refere o art. 12 do diploma legal em questão. Disso decorre que a noção legal de trafico de entorpecente não supõe, necessariamente, a pratica de atos onerosos ou de comercialização. A condenação pelo crime de trafico - que se constitui também pelo fornecimento gratuito de substancia entorpecente - não e vedada pelo fato de ser o agente um usuário da droga. - Não descaracteriza o delito de trafico de substancia entorpecente o fato de a Policia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. - O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a analise 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 69.806/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 4/6/1993).

"HABEAS CORPUS. Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo. O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de "ter em depósito, sem autorização". O rito especial e sumário do habeas-corpus não o habilita para simples reexame de provas. Habeas corpus conhecido, mas indeferido."

(HC 70.344/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 22/10/1993).

"COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior."

CRIME - TRÁFICO - POSSE E VENDA DE ENTORPECENTES. Não se tem a figura de crime impossível quando utilizada, pelos policiais, a estratégia de passarem-se por traficantes para surpreenderem os verdadeiros com a posse da droga. O núcleo que é posse, entre tantos previstos (dezoito) no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, não se confunde com o da venda, em si, em relação à qual se poderia falar na impossibilidade da prática delituosa, tendo em conta a figura do pseudo comprador. Precedentes: Habeas Corpus nº 67.908, 73.898, 75.517 e 72.824, relatados pelos Ministros Célio Borja e Maurício Corrêa (os dois primeiros), por mim e pelo Ministro Moreira Alves (os dois últimos), perante a Segunda (os três primeiros) e Primeira Turmas, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 19 de abril de 1990, 16 de agosto de 1996, 17 de abril de 1998 e 17 de maio de 1996, respectivamente."

(HC 78.107/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 9/4/1999).

E nesta e. Corte:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6368/76. LAUDO TOXICOLÓGICO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.072/90.

I - Não há que se falar em ausência de provas de materialidade apenas em razão da falta do exame toxicológico, se evidenciado, *in casu*, a comprovação da materialidade do delito, tanto por meio de laudo provisório como do definitivo de constatação de substância entorpecente. (Precedente).

II - O tipo subjetivo, no art. 12 § 1º, inciso II da Lei nº 6.368/76, se esgota no dolo sendo despicienda a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros. Trata-se de tipo congruente. A incriminação está aí, também, voltada para o combate à divulgação e disseminação do uso de droga. Já o tipo subjetivo, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, restrito (como tipo misto alternativo) nos núcleos de adquirir, guardar ou trazer consigo, é que exige a finalidade adicional do exclusivo uso próprio. Trata-se, neste caso, sim, *delictum sui generis*, de tipo incongruente. (Precedentes).

III - Aplica-se o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 ao crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. (Precedente).

Writ denegado."

(Resp 846481/MG, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJ de 30/4/2007).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6368/76. LAUDO TOXICOLÓGICO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.072/90.

I - Não há que se falar em ausência de provas de materialidade apenas em razão da falta do exame toxicológico, se evidenciado, *in casu*, a comprovação da materialidade do delito, tanto por meio de laudo provisório como do definitivo de constatação de substância entorpecente. (Precedente).

II - O tipo subjetivo, no art. 12 § 1º, inciso II da Lei nº 6.368/76, se esgota no dolo sendo despicienda a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros. Trata-se de tipo congruente. A incriminação está aí, também, voltada para o combate à divulgação e disseminação do uso de droga. Já o tipo subjetivo, no art. 16 da Lei nº 6.368/76, restrito (como tipo misto alternativo) nos núcleos de adquirir, guardar ou trazer consigo, é que exige a finalidade adicional do exclusivo uso próprio. Trata-se, neste caso, sim, *delictum sui generis*, de tipo incongruente.(Precedentes).

III - Aplica-se o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 ao crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76. (Precedente).

Writ denegado."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 47495/TO, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJ de 13/2/2006).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

Na fase em que se encontra a causa, com sentença condenatória em curso, sujeita inclusive a reexame em grau de apelação, afigura-se totalmente inapropriado discutir-se a justiça dos fundamentos decisórios em via de remédio heróico. A desclassificação sugerida alcançaria a visualização do material cognitivo, bem assim, a descon sideração dos argumentos do juízo singular, fato que indica a inexistência de constrangimento a ser reparado de plano.

É certo que a impetrante/paciente aduz em defesa a quantidade mínima da droga, cerca de oitocentos miligramas de crack, encontrada em seu poder. Contudo, firmou-se através da instrução que a sua intenção e a sua conduta revestiu-se na venda do produto à terceira pessoa, independentemente da porção. Rebater e reformar essa conclusão do juízo sentenciante, sem o devido comprometimento probatório e de forma superficial, não se coaduna com os princípios que regem o aparato judiciário.

Ordem denegada."

(HC 24194/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 24/3/2003).

Cumpr e ressaltar, ainda, que na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da Lei nº 6.368/76.

Desse modo, faz-se necessário proceder à nova **dosimetria da pena**. Levando-se em conta que a pena-base foi fixada no mínimo legal para o delito de porte ilegal de arma de fogo quando da prolação da sentença, e ante a inexistência de outros dados nos autos, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, a qual torno definitiva. Destaco que deixo de aplicar a nova lei por reputá-la mais gravosa, haja vista não ser aplicável, na espécie, a minorante prevista no art.33, § 4º da Lei nº 11.343/06 em razão da quantidade e espécie (crack) da droga apreendida em poder do recorrido.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial nos termos acima.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0142332-1

**REsp 1.134.610 /
MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10105041266203002 105041266203

PAUTA: 17/08/2010

JULGADO: 19/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : RICARDO PEREIRA RODRIGUES

ADVOGADO : JOSÉ EUSTÁQUIO MOREIRA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário