

# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## 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. 33 da Lei nº 11.343/06 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. 28 da Lei nº 11.343/06, 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.)

Recurso especial provido.

### RECURSO ESPECIAL Nº 1.133.943 - MG (2009/0131067-5) - Relator: MINISTRO FELIX FISCHER

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: José Carlos Teixeira. Advogado: João Herique Duarte Batista Simão.

### 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 lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento). - *Ministro Felix Fischer* - Relator.

### Relatório

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

Depreende-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da

Lei nº 11.343/06, às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. Em sessão de julgamento realizada em 03/03/2009, a c. Quinta Câmara Criminal do e. Tribunal *a quo*, por maioria, deu parcial provimento ao apelo. Eis a ementa do v. acórdão recorrido:

Apelação - Tráfico de entorpecentes - Ausência de prova da mercancia - Desclassificação para uso. Deve ser desclassificada a conduta do acusado quando nenhuma prova idônea é produzida em juízo confirmando a atividade comercial ilícita do réu com suposta venda de substância entorpecente. V.V.P.

Penal - Tráfico de entorpecentes - Autoria e materialidade comprovadas - Testemunho de policiais - Validade - Privilégio do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 - Necessidade de motivação na eleição da fração redutora - Diminuição da pena no grau máximo - Regime de cumprimento de pena - Tráfico privilegiado - Crime não hediondo ou equiparado - Regra geral do CP - Aplicação - Regime aberto - Adequação - Substituição da pena - Vedação legal - *Sursis* - Cabimento - Requisitos legais do art. 77 do CP - Preenchimento - Recurso a que se dá parcial provimento. - Evidenciada por perícia a materialidade delitiva, a prova testemunhal, aliada aos demais elementos de convicção dos autos, é suficiente para fundamentar o édito condenatório lançado por crime de tráfico de droga. - A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, mormente se os autos não apontam motivos no sentido de incorreção em sua conduta, ou de que tivesse algum interesse em incriminar falsamente o réu. - Na aplicação do privilégio previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, a escolha da fração redutora fica a critério do juiz, que deverá motivar a decisão, sob pena de se conferir ao réu o direito à diminuição da pena no grau máximo na instância revisora. - O regime de cumprimento de pena em sede de condenação por crime de tráfico de droga privilegiado deve ser definido segundo as regras gerais pertinentes previstas no Código Penal, porque não se trata de delito hediondo. - Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da expressa vedação legal, contida no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. É cabível a concessão da suspensão condicional da pena no tráfico privilegiado, desde que preenchidos os requisitos do art. 77 do CP. Recurso parcialmente provido. (Fl. 137.)

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 vigência ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, que trata do tráfico de drogas, crime formal que dispensa a demonstração do especial fim mercantil. Requer, ao final, o restabelecimento da r. sentença condenatória.

Contrarrazões às fls. 172/178.

Admitido na origem, os autos subiram a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 189/193, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso Especial. Denúncia e condenação por tráfico de drogas. Desclassificação para o crime de uso de entorpecente efetivada pelo Tribunal de Justiça. Pedido de reforma do acórdão a fim de que prevaleça o que foi decidido na sentença. Pleito que exige aprofundada incursão em seara probatória. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Parecer pelo não conhecimento do pedido.

É o relatório.

## Voto

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator) - 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. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Vejamos.

Analisando o tipo subjetivo (art. 12) diz Vicente Greco Filho (*in* "Tóxico Prevenção - repressão", Saraiva, 8<sup>o</sup> 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). É, segundo Menna Barreto (*in* "Lei de Tóxicos. Comentários por Artigo", Freitas Bastos, 5<sup>o</sup> 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 mais o propósito do exclusivo uso próprio.

Desse modo, despicienda 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 substância tóxica - Configuração do crime de tráfico (Lei n<sup>o</sup> 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 substância 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 tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canábica ('maconha') equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei n<sup>o</sup> 6.368/76. O conceito jurídico de tráfico de entorpecentes, que emerge do texto da Lei n<sup>o</sup> 6.368/76, revela-se amplo, na medida em que se identifica com cada uma das atividades materiais descritas na cláusula 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 tráfico de entorpecente não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização. A condenação pelo crime de tráfico - que se constitui também pelo fornecimento gratuito de substância entorpecente - não é vedada pelo fato de ser o agente um usuário da droga. - Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. - 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 69.806/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04/06/1993.)

*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 nexa 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. *Hábeas corpus* conhecido, mas indeferido. (HC 70.344/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 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 pseudocomprador. Precedentes: *Habeas Corpus* nº 67.908, 73.898, 75.517 e 72.824, relatados pelos Ministros Célso 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, DJU de 09/04/1999.)

E, nesta Corte:

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 evidenciada, *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 despendida 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 846.481/MG, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 30.04.2007.)

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 evidenciada, *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 despendida 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. (HC 47495/TO, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 13.02.2006.)

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. Rebatê-lo 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, DJU de 24.03.2003.)

Criminal. Recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecente. Tipo de conteúdo múltiplo. Prática de mais de uma ação descrita no tipo penal. Crime único. Flagrante que impediu a colocação do entorpecente no mercado. Alegação de crime impossível. Súmula 07/STJ. Dosimetria. Ilegalidade vislumbrada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I. O tipo do art. 12 da Lei de Entorpecentes contém dezoito núcleos que representam a atividade ilícita, podendo o crime ser considerado consumado se realizada qualquer uma delas.

II. A simples menção, na sentença, da prática de mais de uma das condutas relacionadas no art. 12 da Lei nº 6.368/76, não implica dizer que o réu tenha sido condenado por três crimes diferentes.

III. É irrelevante a efetiva mercancia da substância ou, sequer, a presença do *animus* de revenda da droga para a caracterização do crime de tráfico.

IV. Entendendo o Tribunal *a quo*, em sede revisional, não ter havido julgamento contrário à prova dos autos, qualquer outra ilação a respeito de ser, ou não, a conduta praticada pelo recorrido considerada como crime impossível, ficaria obstada pela aplicação da Súmula nº 7 – que veda o reexame aprofundado de provas.

V. Evidencia-se ilegalidade na dosimetria da pena quando insuficientemente fundamentada a exacerbação da pena-base pela sentença - aplicada acima do dobro do mínimo legal, a réu primário e sem maus antecedentes, sob os singelos argumentos de ‘motivos egoísticos’, ‘conduta censurável’ e ‘consequências de monta’.

VI. Sentença que deve ser anulada, somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida, com a devida e suficiente fundamentação, mantida a condenação.

VII. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator. (REsp 220011/TO, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17/06/2002.)

Na espécie, o paciente foi condenado pelo magistrado de primeiro grau como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *decisum* reformado pelo e. Tribunal de origem, que desclassificou o delito de tráfico para o uso de substância entorpecentes, conforme o previsto no art. 28 da referida legislação. Ocorre que na nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) as exigências para a tipificação do delito de tráfico são as mesmas da revogada Lei nº 6.368/76, razão pela qual deve ser restabelecida a condenação imposta originalmente ao recorrido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a r. sentença condenatória e determinar seja concluído o julgamento do recurso de apelação.

É o voto.

## **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, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no DJe de 17.05.2010)

...