

*Recurso Especial n. 281.937 — RJ*  
(Registro n. 2000.0103654-8)

Relator: *Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Arnaldo Porto Rocha*

Advogado: *Alexandre de Oliveira Cunha*

EMENTA: *Penal — Recurso especial — Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 — Fornecimento gratuito.*

I - O tipo previsto no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente* (cf. S. MIR PUIG e R. MAURACH) ou congruente simétrico (cf. taxionomia de E. R. ZAFFARONI e PIERANGELLI), esgotando-se o seu tipo subjetivo no dolo. Não há exigência de especial fim de agir.

II - O *fornecimento gratuito* está, como conduta tipificada, contemplado no *art. 12 da Lei n. 6.368/1976.*

Recurso provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 16 de maio de 2002 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 10.6.2002.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial impetrado pelo *Parquet* com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da *Lex Fundamental*is contra o v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que se alega, a par da divergência pretoriana, violação ao art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

O v. acórdão reprochado está assim ementado:

*"Entorpecentes. Fornecimento gratuito. Atipicidade do art. 12. Lei n. 6.368/1976.*

Agente que fornece, gratuitamente, maconha para moça amiga: tal conduta não configura o tipo do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, pois trata-se de fornecimento ocasional, isolado do contexto do tráfico, descompromissado com a efetiva comercialização.

A interpretação em Direito Penal é restrita, e a própria tipicidade não pode ser ampliada desfundamentadamente, em oposição aos princípios gerais do Direito. “*El juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige otro paso, que es la comprobación de la tipicidad conglobante.*” (EUGENIO RAUL ZAFFARONI).

Recurso provido parcialmente.” (fl. 125).

No voto-condutor (o v. decisório foi por maioria) consta:

“Trata-se, como esclarece a própria denúncia, de fornecimento gratuito. O acusado é primário, trabalhador, e a sua conduta não era vinculada à efetiva comercialização, restringindo-se a um fornecimento esporádico, isolado do contexto do tráfico. A atividade de fornecer ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente, não constitui sempre e de forma ilimitada o tipo do art. 12.

Como ensina EUGENIO RAUL ZAFFARONI:

*‘Esto nos indica que el juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige otro paso, que es lá comprobación de la tipicidad conglobante consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada aisladamente, sino conglobada em el orden normativo.’*  
(Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª Ed., Ediar, p. 386).

Por isso, prossegue ZAFFARONI, ‘*la tipicidad conglobante es un corretivo de la tipicidad legal*’ alcançando-se, a partir daí, a tipicidade penal. Não se trata de negar aplicação à norma penal, mas de estabelecer, com necessário cuidado

teórico, os limites precisos do tipo penal, de interpretação sempre restrita.

Já ensinava PONTES DE MIRANDA:

‘A técnica da Justiça começa por enfrentar dois temas difíceis: o da *independência dos juízes* e o da *subordinação dos juízes à lei*. Teremos ensejo de ver que a subordinação é ao *Direito*, e não à lei, por ser possível a lei *contra* o Direito. Aliás, já temos tratado largamente, desde 1922, da insubsistência das leis intrinsecamente incompatíveis com princípios imanentes à ordem jurídica.’ (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, 3ª ed., p. 552).

E a jurisprudência mais adequada aos princípios teóricos do Direito Penal assim tem-se orientado:

‘A expressão *fornecer* do art. 12 tem conotação mais forte, no sentido de abastecimento ou provisão com certa habitualidade, não podendo incluir-se nesse conceito a simples cessão, para uso em conjunto, em forma esporádica, de um cigarro de maconha.’ (TJRS, rel. ROBERTO NICOLAU FRANTZ, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. Rev. Trib., p. 691).

‘A esporádica e eventual cessão de ínfima porção de substância tóxica, de um usuário a outro, tanto ou mais do que ele próprio comprometido com o vício do entorpecente, não se equipara ao ‘fornecimento’, ainda que gratuito referido no art. 12, punido com extrema gravidade. A ação focalizada no dispositivo questionado é, sem dúvida alguma, aquela com sentido de tráfico da droga, tendente a induzimento ao vício e ao comprometimento com esta.’ (TJSP, rel. SELVA LEME, ob. e p. cits.).

A Desembargadora Maria Helena Salcedo Magalhães, em seu voto, observa que ‘quando a lei é iníqua, cabe ao Poder Judiciário corrigi-la, aparar as arestas, amenizá-la’.

Verifica-se, pois, que a ação do Apelante configura, apenas, o tipo do art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Dá-se provimento parcial ao recurso, para desclassificar o fato para o art. 16, aplicadas as penas de 6 meses de detenção e 20 dias-multa, no valor mínimo, substituída a pena privativa de liberdade pela pecuniária de 20 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo." (fls. 126/127).

O voto vencido diz:

"Ressalte-se que o Apelante não nega a posse da substância entorpecente, e que esta chegou às mãos da adolescente, pouco importando, no particular, se a oferta da droga foi feita com o intuito de 'testar' Jocilene, como por ele afirmado perante autoridade policial (fl. 13v.), ou se limitou a comentar com ela que tinha encontrado a maconha, indicando onde a teria guardado e permitido que Jocilene dela se apoderasse para revendê-la, conforme sua versão apresentada em juízo (fls. 30/31), pois, de qualquer forma, o fato é típico, dada a diversidade de condutas previstas no art. 12 da Lei de Tóxicos.

Aliás, quando do julgamento pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal do HC n. 69.806, em que foi relator o ministro Celso de Mello, ficou assentado que '...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. Assim, a noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos de comercialização' (RT 701/393)

E como o legislador não instituiu um tipo intermediário entre o tráfico e o uso, ainda que se tratasse de cessão gratuita, que não é a hipótese versada nos autos, o máximo que se poderia vislumbrar é que tal conduta não se equipararia a crime hediondo, e não desclassificá-la pura e simplesmente, como se se tratasse de uso de substância entorpecente." (fl. 132).

Daí o recurso que veio a ser admitido no provisório juízo de prelibação na origem (fls. 150/151).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A *quaestio*, retratando procedimento bem relevante e grave, está bem delineada na r. sentença, a saber:

“Em sede policial, o Réu afirmou que a droga foi jogada ao chão por uma criança de quatro anos; que ofereceu o entorpecente para a menor Jocilene, ‘com o intuito de testá-la’ e que esta disse que não gostava daquilo (fl. 13v.). Já em juízo, mudou sua versão, afirmando, agora, que o tóxico foi retirado da mão de uma criança com cerca de quatro anos que estava em seu bar com Jocilene, e ao comentar o fato – encontro da droga – esta pediu o tóxico com a finalidade de vendê-lo pelo preço de R\$ 15,00 (fl. 30).

O acusado sabia que o material que entregou para Jocilene era entorpecente (fl. 13v.).

A menor Jocilene declarou que estava passando na porta do bar do acusado quando este a abordou e disse que teria um negócio para lhe dar, oferecendo em seguida uma ‘trouxinha de maconha’. Que disse que não usava tóxicos, mas aceitou para se livrar do Réu e comprovar para sua mãe a oferta daquele (fl. 84).

As testemunhas Valdinéia e Fernando, este um policial militar, disseram que o Réu confessou a entrega do tóxico para Jocilene (fls. 83/86).

Neste diapasão, o contexto probatório demonstra que o acusado entregou, gratuitamente, substância entorpecente (7g de maconha) a menor com dezessete anos de idade à época da conduta ilícita, conforme a certidão de nascimento à fl. 25.” (fls. 94/95).

Portanto, *data venia*, não há que se falar de atipia relativa através de restrição oriunda da *atipicidade conglobante* ou da *relativa incorrência de antinormatividade*. Além do mais, sete gramas de maconha não é o mesmo que um denominado “baseado”. Os paradigmas a supedanear o voto-condutor, inclusive, não dizem com a penalmente destacada situação delineada na exordial

acusatória e na r. decisão de 1º grau. Pelo que foi admitido e está suficientemente desenhado, o acusado forneceu gratuitamente droga com o intuito de induzimento ao uso pela adolescente. De qualquer modo, a lei é clara: “fornecer ainda que gratuitamente” (art. 12). Não há correspondente, v.g., no art. 16 da Lei de Drogas que se restringe a “adquirir, guardar ou trazer consigo para uso próprio”.

O art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é tipo misto alternativo. A narrativa se ajusta ao que está entre as formas elencadas. Isto é óbvio. Além do mais, a referida figura delitiva não exige especial fim de agir, digamos, da mercancia ou da traficância. É um tipo congruente (cf. MIR PUIG, MAURACH/ZIPF e G. JAKOBS) ou congruente simétrico (cf. 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 acrescido do propósito do “exclusivo uso próprio”.

A Lei de Drogas visa proteger a saúde pública contra a terrível, e até dissimulada, difusão de tóxicos.

Aliás o Pretório Excelso, no HC n. 69.806-9-GO, da douta Primeira Turma (relator Ministro Celso de Mello), apresentando precedentes, deixou claro que o art. 12 da Lei n. 6.368/1976 não exige demonstração do especial fim de traficar. Diz a ementa do v. aresto:

“EMENTA: Habeas corpus. Tráfico de entorpecente. Maconha. Quantidade pequena. Irrelevância. Cessão gratuita a terceiros da substância tóxica. Configuração do crime de tráfico (Lei n. 6.368/1976, 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 de tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

O *conceito jurídico de tráfico de entorpecentes*, que emerge do texto da Lei n. 6.368/1976, 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." (DJU de 4.6.1993).

#### *Na mesma linha:*

**"Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Tipo subjetivo. Dissídio pretoriano.**

I – O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo (*dolus naturalis*). As figuras, *v.g.*, de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem o fim de traficar ou comercializar. A própria entrega gratuita de pequena quantidade caracteriza o delito enfocado. (Precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça).

II – Se, no recurso, a abrangência de situações similares não é alcançada pelos paradigmas colacionados, a pretensão recursal não pode ser avaliada, sob o permissivo da alínea c por inobservância ao contido nos arts. 255 do RISTJ, e 541 do CPC c.c. o art. 3º do CPP.

Recurso não conhecido" (STJ, REsp n. 172.969-MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 28.6.1999).

***“ Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Pena. Fixação. Dissídio.***

I - A divergência jurisprudencial deve observar as exigências do art. 255 do RISTJ. A mera afirmação do dissídio, sem demonstração cotejada, desmerece ser considerada.

II - O órgão julgador só pode ser obrigado a valorar as circunstâncias judiciais detectadas no material cognitivo.

III - O prolongado envolvimento com drogas e a mercancia acentuam o desvalor da ação tipificada no art. 12 da Lei de Tóxicos.

IV - O tipo subjetivo do art. 12 se esgota no dolo, não se podendo, *in concreto*, igualar o desvalor de ação entre quem fornece gratuita e livremente a droga com aquele que faz com ela comércio. Ambos cometem o crime do art. 12, mas, *in concreto*, a resposta penal deve considerar as motivações. No segundo caso, o desvalor é acentuado.

V - A existência, ou não, de omissão em relação à apreciação de circunstâncias judiciais outras escapa aos limites do recurso especial, exigindo o vedado reexame do material cognitivo (Súmula n. 7 do STJ).

Recurso não conhecido.” (STJ, REsp n. 259.562-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 18.3.2002).

***“ Penal. Recurso especial. Entorpecentes. Expressiva quantidade de cocaína apreendida. Peculiaridades do caso.***

1. A expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, por si só, é suficiente para configurar o intuito de traficar, somente afastado quando o elemento ‘para uso próprio’ encontra respaldo na prova dos autos.

2. O tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se o tipo subjetivo no ‘dolo’.

3. Recurso provido.” (STJ, REsp n. 195.495-PR, Quinta Turma, DJU de 12.4.1999).

Voto pelo provimento do recurso para restabelecer a r. decisão de 1º grau.