

TÓXICO - CULTIVO DE MACONHA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO - DESTINAÇÃO A CONSUMO PRÓPRIO - IRRELEVÂNCIA - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIABILIDADE - *SURSIS* - REQUISITOS LEGAIS NÃO SATISFEITOS

- Comprovadas autoria e materialidade do delito de cultivo de maconha, inviáveis tanto o pedido de absolvição quanto a pretensão desclassificatória para o crime previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, que não contempla a conduta de “cultivar”, razão pela qual a comprovação da finalidade mercantil se torna prescindível para a incursão do réu nas sanções mais severas do *caput* do art. 12 do citado diploma legal.

- O tráfico de entorpecentes é delito assemelhado a hediondo, em relação ao qual deve o condenado cumprir sua reprimenda em regime integralmente fechado, não sendo possível ser beneficiado pela substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direitos, medida esta incompatível com o rigor legal dado a tais condutas.

- O patamar legal mínimo disposto para quem incide no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76 inviabiliza a concessão de *sursis*, por não-satisfação de seu requisito de ordem objetiva.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0473.04.004205-2/001 - Comarca de Paraisópolis - Relatora: Des.^a MÁRCIA MILANEZ

Ementa oficial: Apelação criminal - Cultivo de "maconha" - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Desclassificação delitiva - Destinação a consumo próprio - Irrelevância - Precedentes - Concessão de regime aberto - Vedação legal - Substituição da privação de liberdade por pena restritiva - Inviabilidade - *Sursis* - Não-preenchimento dos requisitos legais - Recurso conhecido e desprovido. - Comprovadas autoria e materialidade do delito de cultivo de planta de "maconha", inviáveis tanto o pedido de absolvição quanto a pretensão desclassificatória para o crime previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, que não contempla a conduta de "cultivar", razão pela qual a comprovação da finalidade mercantil se torna prescindível para a incursão do réu nas sanções mais severas do *caput* do art. 12 do citado diploma legal. O tráfico de entorpecentes é delito assemelhado a hediondo, em relação ao qual deve o condenado cumprir sua reprimenda em regime integralmente fechado, não sendo possível ser beneficiado pela substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direitos, medida esta incompatível com o rigor legal dado a tais condutas. O patamar legal mínimo disposto para quem incide no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76 inviabiliza a concessão de *sursis*, por não-satisfação de seu requisito de ordem objetiva.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2004.
- *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, a Dr.^a Ciomara Aline de Castro Ribeiro.

A Sr.^a Des.^a *Márcia Milanez* - Reinaldo Pereira dos Santos Júnior, já qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76, porquanto, em 12 de janeiro de 2004, por volta das 16h30m, na Rua Maria Francisca de Freitas, 60, Bairro Quilombo, Município de Conceição dos Ouros, Comarca de Paraisópolis, o policial militar Nilton Afonso da Silva, acompanhado por testemunhas, adentrou na residência do acusado e logrou êxito em apreender dentro de seu guarda-roupa um pé de maconha, plantado em um balde de plástico (fls. 02/04).

Após regular instrução probatória, com defesa preliminar (fls. 38/65), interrogatório (fls. 134/135), oitiva de testemunhas (fls. 136/142) e alegações finais das partes (fls. 157/161 e 181/185), o MM. Juiz sentenciante acolheu os termos da exordial para condenar o acusado à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e a 50 (cinquenta) dias-multa, à razão mínima (fls. 187/194).

Irresignado, apelou o réu (fls. 217/218), requerendo, em suas razões, sua absolvição por atipicidade da conduta de cultivo de maconha sem finalidade mercantil, ou a desclassificação para o art. 16 da Lei de Tóxicos. Pugna, ainda, pela fixação da reprimenda no mínimo legal, em razão da ausência de causas que justifiquem sua

majoração e pela incidência da atenuante de confissão espontânea, bem como requer a concessão do regime aberto e do benefício de substituição da privação de liberdade pela sanção restritiva de direitos e, alternativamente, o deferimento da suspensão condicional da pena (fls. 219/224).

O Órgão Ministerial, em contra-razões recursais, pugnou pelo conhecimento e desprovemento do apelo (fls. 226/232), no mesmo sentido opinando a douta Procuradoria de Justiça (fls. 254/275).

É o breve relatório.

Conheço da apelação interposta, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Inexistentes quaisquer preliminares suscitadas ou nulidades argüíveis de ofício.

Consta dos autos que, em 12 de janeiro de 2004, por volta das 16h30m, na Rua Maria Francisca de Freitas, 60, Bairro Quilombo, Município de Conceição dos Ouros, Comarca de Paraisópolis, o policial militar Nilton Afonso da Silva, acompanhado por testemunhas, adentrou na residência do apelante e logrou êxito em apreender dentro de seu guarda-roupa um pé de maconha, plantado em um balde de plástico.

Primeiramente, insta consignar que a materialidade delitiva se encontra sobejamente comprovada pelo auto de apreensão (fl. 14), laudo de constatação (fl. 19) e laudo toxicológico definitivo (fl. 171), além de restar incontroversa nos autos.

Da mesma forma, não pairam dúvidas acerca da posse e propriedade do pé de maconha apreendido, o que foi cristalinamente confessado pelo recorrente tanto em inquérito policial (fls. 08/09) quanto em interrogatório judicial (fls. 134/135), confissão esta corroborada pelo depoimento do policial militar Nilton Afonso da Silva (fl. 138). Outrossim, nítido o conhecimento do réu acerca da qualidade da planta por ele cultivada, ou seja, sabia tratar-se de pé de maconha.

Feitas tais ponderações, observo que a discussão principal trazida à baila atine à melhor adequação típica da conduta do acusado, ou seja, se o cultivo de uma planta de maconha pelo apelante configuraria o delito previsto no art. 12 ou no art. 16 da Lei de Tóxicos, ou se seria fato atípico. Tal embate remonta à questão de ser exigida ou não a comprovação da finalidade mercantil com dito cultivo.

Após refletir detidamente sobre tal situação, aquiescendo à jurisprudência amplamente predominante em nosso Superior Tribunal de Justiça e no Direito Pátrio em geral, compartilho do entendimento de que, não tendo o tipo penal descrito no art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76, mencionado o elemento subjetivo específico - qual seja, o intento de comercialização ou distribuição -, basta à incidência da sanção mais gravosa a conduta de cultivar, semear ou fazer a colheita de planta destinada à preparação do entorpecente.

Desde logo, saliento que me parece incabível o pleito absolutório, a uma, porque autoria e materialidade estão devidamente demonstradas nos autos, conforme supra-explicitado; a duas, pois tal concepção equivaleria a negar vigência à norma acima mencionada, em uma interferência arbitrária do Judiciário sobre o Legislativo; a três, porque, em uma análise político-sociológica, mas não menos relevante, a consideração da suposta atipicidade do cultivo de maconha configuraria uma irresponsável anuência do Judiciário com a disseminação do uso de tóxicos, o que não condiz com suas precípuas funções constitucionais.

Quanto ao pedido de desclassificação, novamente friso que o mesmo não se apresenta viável, por duas razões principais: a primeira, já referenciada acima, consiste no fato de que o tipo imputado a Reinaldo não exige a configuração da finalidade mercantil, que resta, assim, prescindível, diante da comprovação da autoria do cultivo e da qualidade da substância plantada; o outro motivo reside na constatação de que a conduta do réu (cultivar) não encontra previsão no art. 16 da Lei de Tóxicos, o que impede a condenação do réu por

este crime, em consonância com os ditames do princípio da legalidade estrita.

Assim já decidi em outra oportunidade:

Ementa: Apelação criminal - Condenação nos termos do art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76 (...) - Desclassificação - Impossibilidade - Não-preenchimento dos elementos típicos do art. 16 da Lei de Tóxicos - Crime que não exige a comprovação da finalidade mercantil (...) (TJMG - Processo nº 1.0000.00.327963-5/000 - Relatora: Márcia Milanez - Data do acórdão: 03.02.2004 - Data da publicação: 10.02.2004).

Esta Corte vem perfilhando o mesmo entendimento:

Tóxicos - Cultivo de maconha - Desclassificação para uso próprio - Inadmissibilidade. - O tipo previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei 6.368/76, não admite a desclassificação para uso próprio. O tipo se esgota no dolo, sendo desnecessário, para a configuração do delito, a demonstração da finalidade de traficar ou de mercancia (TJMG - Processo nº 1.0687.03.024849-0/001 - Relator: Gudesteu Biber - Data do acórdão: 21.09.2004 - Data da publicação: 28.09.2004).

Cultivo de maconha - Destinação do produto - Irrelevância - Autoria do delito - Prova insuficiente - Condenação - Inadmissibilidade. *Quem cultiva maconha, independentemente da finalidade da ação, fica sujeito às sanções constantes no caput do art. 12 da Lei nº 6.368/76* (TJMG - Processo nº 1.0000.00.175233-6/000 - Relator: José Arthur - Data do acórdão: 16.03.2000 - Data da publicação: 07.04.2000).

No caso de plantação de maconha a lei não distingue se o seu destino é a venda ou o uso próprio (TJMG - AC 13.177 - Rel. Gonçalves de Rezende - RF, 274/300).

Os demais tribunais pátrios, em sua grande maioria, não entendem de outra forma. Vejamos:

Comete o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, por equiparação ao typus fundamental, quem cultiva, indevidamente, a erva maconha, irrelevantes a finalidade do produto e o tamanho da plantação (TJRJ - AC 1.049/89 - Rel.: Enéas Machado Cotta - RDTJRJ, 11/345).

Se 'tipicidade é a conformidade do fato à diretriz traçada na lei', não pode ser condenado no art. 16 da Lei 6.368/76 quem foi denunciado por infração ao art. 12, §1º, II, do mesmo diploma, acusado de plantar e cultivar árvore destinada à produção de maconha (TJSP - AC 8.544-3 - Rel.: Weiss de Andrade - RT, 555/324).

No caso de cultivo, irrelevante se mostra a destinação do produto. Decorre dos termos legais que quem cultiva maconha, independentemente da finalidade da ação, está sujeito às sanções contidas no caput do art. 12 da Lei 6.368/76 (TJRS - AC - Rel. Antero Ryff Leiras - RJTJRS, 83/84).

(...) o fato do agente semear e vir cultivando maconha, com plena consciência da ilicitude desse procedimento, por si só, tipifica sua conduta. Não há indagar se ia ou não destinar a erva proibida a consumo (TACRIM-SP - AC - Rel.: Franciulli Netto - j. em 22.12.1977).

A figura do art. 12, § 1º, II, da Lei 6.368/76 dispensa tanto a condição de traficante como a de usuário, pois que se atém à semeadura e cultura de substância tóxica, não importando sua finalidade (...) (TJPR - AC 504/82 - Rel. Armando Carneiro - RT, 585/343) (todos os grifos nossos).

Em precedente memorável, nosso augusto Superior Tribunal de Justiça assim explicou:

O tipo subjetivo, no art. 12, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.368/76, se esgota no dolo, sendo despcienda 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. (...) A destinação da droga, aqui, pouco importa dado o acentuado perigo que representa o procedimento alinhado no tipo enfocado. Vale destacar que, como a maioria dos delitos contra a saúde pública, tem-se aqui um caso de perigo presumido. (...) Portanto, dada até a materialidade concreta, a desclassificação operada em sede de tipificação refoge ao

sistema legal em vigor (STJ - Relator: Min. Felix Fischer - Recurso Especial nº 316.617 - SC 2001/0039992-4) (grifos nossos).

Diante do já exposto, inviáveis os pedidos de absolvição ou desclassificação, mostrando-se correta a condenação do apelante nos termos do art. 12, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.368/76.

Em relação ao pedido de fixação da pena no mínimo legal, ante a ausência de causas para sua majoração, observo que a sanção já foi fixada pelo douto Magistrado *a quo* nos patamares legais mínimos - três anos de reclusão e cinquenta dias-multa - descabendo qualquer irresignação neste sentido. Da mesma forma, prejudicada restou a incidência da atenuante de confissão espontânea, nos termos da Súmula Criminal nº 42 desta Corte.

As pretensões referentes à determinação do regime prisional aberto e a posterior substituição da privação de liberdade pela pena restritiva de direitos não se mostram cabíveis, *in casu*, uma vez que se trata de delito assemelhado a hediondo.

Aproveito a oportunidade para mais uma vez manifestar que me filio à corrente, amplamente majoritária e já sedimentada pelas Cortes Jurisdicionais Superiores, de que a exigência de cumprimento de pena em regime integralmente fechado, prevista na Lei de Crimes Hediondos, é constitucionalmente válida e eficaz. Vejamos:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos (HC nº 69.657) (HC 81.410/SC - Relator(a): Min. Sydney Sanches - Julgamento: 19.02.2002 - Publicação: DJ de 21.06.02).

Tal entendimento, inclusive, já foi sumulado por esta Corte (Enunciado de nº 46) e por nosso Pretório Excelso (Enunciado de nº 698). Deste modo, deverá o apelante cumprir sua pena pelo delito previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei de Tóxicos, em regime integralmente fechado, como determinado em sentença.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos, reafirmo nesta oportunidade meu posicionamento de que tal benefício é incabível em caso de crimes hediondos ou a eles assemelhados. Assim, os condenados por tais delitos não devem receber tal benefício, em uma interpretação lógico-teleológica da norma expressa no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

Não faria sentido o legislador impedir a progressão de regime em tais casos - com o nítido escopo de manter o réu preso, em regime fechado, durante todo o tempo de pena - se fosse possível aplicar a ele uma pena restritiva de direitos, que visa, justamente, evitar a custódia do condenado.

Nossas Cortes Superiores já firmaram seu entendimento nesta mesma linha:

A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei nº 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a proibição imposta pela Lei nº 8.072/90 (STJ - Acórdão RHC 14.557/SP - Relator Min.: Gilson Dipp - DJ de 03.11.2003, p. 00327).

Substituição por pena restritiva de direitos (Lei 9.714/98). Impossibilidade. - O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, previsto nos artigos 44 e seguintes do Código Penal, com as modificações introduzidas pela Lei 9.714/98, não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que determina expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Precedentes (STF - HC 81.259/PE - Relator(a): Min. Ellen Gracie - Julgamento: 05.02.2002 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação: DJ de 15.03.2002, p. 00033) (todos os grifos nossos).

Por fim, destaco que o pedido de deferimento da suspensão condicional da pena não encontra amparo legal, pois o *quantum* da reprimenda imposta ao apelante é superior ao limite quantitativo disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos supra-delineados, mantendo-se a sentença objurgada *in totum*, por irreparável.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Ouvi com atenção a sustentação oral, apesar de a mesma ter sido lida, o que dificulta o acompanhamento, devendo os textos ser apresentados na forma de memorial, para que possamos ter mais tempo de refletir. Entretanto, confesso que a citação de dois artigos que não conheço me despertaram dúvidas e, por isso, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS A RELATORA NEGAR PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Sérgio Braga) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 30.11.2004, a meu pedido, após votar a Relatora, negando provimento.

O meu voto é o seguinte:

-:-:-

Pedi vista na sessão anterior por ter uma dúvida em função das colocações feitas na tribuna pela combativa defensora do apelante. Entretanto, não vejo como deixar de subscrever na sua totalidade o voto da Relatora, que equacionou, realmente, de maneira definitiva e acertada a questão.

Com a Relatora.

O Sr. Des. Armando Freire - Ponho-me de pleno acordo com a em. Desembargadora Relatora, para manter a condenação do apelante.

Contudo, permito-me, como tenho feito em outras oportunidades, apenas registrar a ressalva do meu entendimento quanto à progressão de regime e/ou substituição da pena, em acatamento à jurisprudência desta 1ª Câmara Criminal.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.