

Volto, pois, eminentes Colegas, ao voto que proferi no recurso especial referido no início deste voto para dizer que a decisão recorrida contrapõe-se aos precedentes da eg. Sexta Turma e, já agora, a dois julgados, pelo menos, do colendo Supremo Tribunal Federal na compreensão de que para instauração penal contra Prefeito Municipal por imputação da prática de crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, pouco importa esteja ou não no exercício do mandato, desde que se trate de crime comum a ser julgado soberanamente pelo Poder Judiciário.

Tais razões fazem com que conheça do recurso especial e o proveja, a fim de que o Tribunal recorrido examine os recebimentos da denúncia e do respectivo aditamento.

**Recurso Especial nº 60.674 - 8 - PE**  
**(Registro nº 95.0006706-4)**

**Relator:** *Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*  
**Recorrente:** *Ministério Público de Estado do Paraná*  
**Recorrido:** *Alcendino Martins*  
**Advogado:** *Dr. Tadeu Coelho de Campos Rocha*

**EMENTA: REsp - Penal - Infrações penais - Culpabilidade - Lei nº 6.368/76 - Art. 12 e art. 16 -** A culpabilidade (sentido de reprovabilidade) é elemento constitutivo da infração (doutrinariamente há quem sustente ser pressuposto da pena). Admite intensidade. Crime mais grave reclama sanção mais severa. Também o legislador fica vinculado porque a pena é medida político-jurídica de resposta ao agente do delito. O crime definido no art. 12 (Lei nº 6.368/76) é mais grave do que o descrito no art. 16. Há maior reprovabilidade ao traficante do que ao usuário. Se o acórdão reconheceu que o réu plantara pequena quantidade de maconha (seis pés) para uso próprio, esse semear ou plantar, embora não mencionado explicitamente no art. 16, a ele se subsume. Essa conclusão decorre do conceito de culpabilidade e do princípio da isonomia. Resultante, ademais de interpretação lógico-sistemática.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial por ambas as alíneas, nos termos do voto de Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros **Anselmo Santiago, Vicente Leal e Adhemar Maciel**. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro **William Patterson**.

Brasília, 15 de agosto de 1995 (data do julgamento).

Ministro **Adhemar Maciel**, Presidente. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado:

*Recurso extemporâneo - Não conhecimento - Laudo toxicológico - Existência - Desaparecimento - Nulidade processual - Preliminar rejeitada - Réu viciado - Exame de dependência - Inexistência - Tempo de prisão - Prova prejudicada - Cultivo de maconha para uso próprio - Desclassificação - Interpretação analógica - Ordem de habeas Corpus de ofício.*

1. Sendo manifestamente extemporâneo o recurso, dele não se conhece.

2. Improcede a preliminar de nulidade processual, igualmente suscitada nas contra-razões, se restou a comprovada a realização do laudo toxicológico, que misteriosamente, desapareceu dos autos após a decisão condenatória.

3. Tendo o réu confessado ser viciado há vários anos e que a droga era destinada a uso próprio, impunha-se a realização de exame de dependência física e/ou psíquica, independentemente de requerimento nesse sentido. No entanto, face ao tempo de prisão, restou prejudicada a prova, pois certamente ocorreu a desintoxicação.

4. O cultivo de três pés de maconha para uso próprio não autoriza condenação por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76, devendo o fato ser classificado para o art. 16, mediante *habeas corpus* de ofício, em decorrência de interpretação analógica *in bonam partem*"(fls. 102/103).

O recorrente se insurge contra a concessão de *habeas corpus* de ofício, desclassificando a infração prevista no art. 12, § 1º, II para o tipo contido no art. 16, ambos da Lei nº 6.368/76. Alega ofensa à Lei 6.368/76, sustentando que para a realização do tipo previsto no art. 12, § 1º, inciso II da referida lei, é desnecessário fazer prova do *animus* de traficar posto que o tipo em questão se completa apenas com dolo genérico.

Aduz, ainda, dissídio jurisprudencial, apontando arestos onde se adota o entendimento de que a lei não distingue em quantidade de plantio, nem em destinação do cultivo, se para o uso próprio ou de terceiros, prevalecendo, em casos análogos, o crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei de Tóxicos.

Sem contra-razões (fls. 144).

Despacho de admissão às fls. 145/147.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 151/157, opinando pelo provimento do recurso a fim de restabelecer a decisão de 1º grau.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro** (Relator): O tema trazido a julgamento envolve a Teoria Geral do Direito Penal. Especificamente, a Teoria Geral do Delito. O crime não é mera descrição formal. Ao contrário, projeta conteúdo, em cuja sede deve ser procurada a solução do tema *sub judice*.

A culpabilidade (sentido de reprovabilidade) é elemento constitutivo da infração, embora alguns autores afirmem ser mero pressuposto da pena.

Seja como for, é certo, urge ser ponderada.

A culpabilidade, além disso, está regida pelo princípio da individualização, ou seja, a pena deve adaptar-se ao caso concreto.

A reprovabilidade ao agente admite intensidade. Assim, crime mais grave reclama sanção mais severa. Não só o Juiz. Também o Legislador fica vinculado a esse binômio. Não titubeio em afirmar inconstitucionalidade de lei que cominasse, por exemplo, pena mais rigorosa à lesão corporal que ao homicídio. A cominação está submetida a um esquema lógico.

A Lei nº 6.368/76 - Lei de Tóxicos - estabelece nítida distinção entre o traficante e o usuário do entorpecente. Dá penas bem distintas entre o disposto no art. 12 e definidas no art. 16.

O Supremo Tribunal Federal, numa decisão que considero pioneira no Brasil, não conheço outras, estabeleceu a corrigenda da cominação da pena.

Depois de longo debate, em que ficaram registrados os brilhantes votos dos Srs. Ministros **Moreira Alves** e **Sepúlveda Pertence**, a Corte, por maioria, entendeu que o art. 14 convive com o art. 288, inclusive com o parágrafo que declara: "quando a quadrilha ou bando é para o fim de tráfico de entorpecente...".

O que ocorreria com a pura e simples convivência desses dois dispositivos? À associação para uso restaria mais severamente punida do que à quadrilha para tráfico e vício de entorpecente.

O Supremo Tribunal Federal, após declarar a coexistência dos dois dispositivos, corrigiu-os, estabelecendo, todavia, que a pena do art. 14 não será superior à do art. 284, § 2º.

Com isso, conferiu, a meu modo de ver, acertada interpretação do que seja

culpabilidade. Vale dizer, a culpabilidade é o grau, intensidade de reprovação que a lei faz a uma pessoa por haver praticado a infração penal.

A pena, como medida político-jurídica de dimensionar o significado da conduta, estabelece, necessariamente, distinção entre crimes mais graves e menos graves.

Da mesma forma que a culpabilidade seria, como dito anteriormente, inconstitucional, se uma hipótese menos grave fosse mais severamente punida.

Aliás, o art. 59 do Código Penal, que dá a diretriz juntamente com o art. 68 para a individualização da pena, determina que se faça uma distinção, expressamente, entre outros elementos, pela culpabilidade. Como, por exemplo, dentro do mesmo dispositivo legal, se duas pessoas praticarem o mesmo crime, mas uma for primária, a outra reincidente: obrigatoriamente a pena, em concreto, há de ser diversa. Caso contrário, não está sendo feita a diferença necessária para medir e projetar a culpabilidade.

Há a necessidade de se sentir que o grau de culpabilidade projetado pelo art. 12 necessariamente é mais severo do que a do art. 16. Repetindo-se, no primeiro caso é o tráfico e vício de entorpecentes e, no segundo é o uso indevido desse mesmo entorpecente.

No caso concreto, se o acórdão reconheceu que o réu plantara a pequena quantidade de seis pés de maconha para uso próprio, - e isso ficou registrado - esse semear ou cultivar, que não é mencionado no art. 16, mas somente no parágrafo do art. 12, há de ser feita, em face da culpabilidade, a seguinte distinção: a pena ali cominada é restrita ao traficante de entorpecentes e não ao usuário. Daí muito bem aplicada pelo Egrégio Tribunal a analogia *in bonam partem*. Dispensando fazer essa analogia, entendo, o disposto no art. 12 é relativo, necessariamente, ao traficante. Quando tratar-se de usuário, por necessidade da culpabilidade ser extinta, impõe-se tratamento diverso.

Dessa forma, Sr. Presidente e Egrégios Ministros, entendo que a decisão recorrida não merece reparos. Ao contrário, merece até registro de encômios; foge às decisões rotineiras de simples comparação de acórdãos. Essa decisão foi fundo, ingressou na teoria geral de delitos, e os Egrégios Desembargadores compreenderam o sentido finalístico da culpabilidade, que não pode ser visto apenas como esquema formal, mas algo que projeta conteúdo.

Assim sendo, não conheço do recurso especial.