

## **PLANTAÇÃO DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO: EQUIPARA-SE A TRÁFICO DE ENTORPECENTE?**

**LUIZ FLÁVIO GOMES** (falecom@luizflaviogomes.com.br). Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Co-fundador e 1º Presidente do IBCCRIM e Diretor-Presidente da TV Jurídica IELF (cursos presenciais em São Paulo com transmissão em tempo real para todo país – [www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br)).

O sujeito planta poucos pés de maconha para uso próprio. O art. 12, § 1º, II, da Lei 6.368/76, prevê o delito de semear ou cultivar plantas destinadas à preparação de entorpecente. *Quid iuris* quando são poucos os pés de maconha?

Parte da jurisprudência admite que o delito é sempre o do art. 12, § 1º, II (independentemente da intenção do agente: para uso próprio ou para terceiros) (nesse sentido: REsp 316.617-SC, Félix Fischer, DJU de 24.02.03, p. 266). Outros entendem que seria possível aplicar analogia in bonam partem nesse caso e enquadrar a conduta no art. 16. Para nós, cuida-se de fato atípico. Nem configura o art. 12, § 1º, II, porque não é hipótese equiparada a tráfico, nem tampouco é correto o art. 16 (que não cuidou dos verbos plantar ou semear ou cultivar).

Quanto ao art. 16 haveria, assim, patente analogia in malam partem (dentre os verbos utilizados pelo art. 16 não se encontra o de plantar ou semear ou cultivar plantas destinadas à preparação de entorpecente). No art. 16 a conduta não encontra adequação típica. E tampouco é o caso de

interpretação analógica, porque não há na lei citada uma cláusula específica antecedida de uma fórmula genérica.

Quanto ao artigo 12, § 1º, II, tendo em vista sua posição topográfica e, sobretudo, a pena cominada (de três a quinze anos de reclusão), não há dúvida que só tem pertinência essa moldura típica quando se trata de plantação destinada ao tráfico. Aliás, o citado dispositivo legal contempla modalidade criminosa equiparada ao tráfico.

Dando interpretação literal, no REsp 316.617-SC, Félix Fischer, DJU de 24.02.03, p. 266, chegou-se à conclusão que a plantação de 13 pés de maconha configura o crime do art. 12, § 1º, II. Com a devida venia, não andou bem o julgado. Toda aplicação literal da lei tem o inconveniente de reproduzir suas eventuais injustiças. Na medida em que o legislador não é Deus, sempre está sujeito a equívocos. Quando o juiz aplica a lei literalmente corre o risco de reproduzir esses equívocos. Não há dúvida que o art. 12, § 1º, II, nada diz (expressamente) sobre a destinação da droga. Mas não era preciso dizer. A pena de três a quinze anos de reclusão não foi pensada para a plantação de uns poucos pés de maconha (onde se nota claramente a intenção de uso próprio).

Falta proporcionalidade à decisão em sentido contrário. E o paradoxo maior é o seguinte: se o sujeito estivesse na posse de 13 “pacaus” de maconha seguramente seria enquadrado no art. 16 (salvo se a destinação para terceiros fosse evidente). O mais seria enquadrado no art. 16. O menos, que consiste na plantação de pés de maconha, acaba tendo tratamento jurídico mais drástico. A injustiça é patente. E esse não é o papel do juiz.

Sempre que houver dúvida num enquadramento típico, a melhor solução é adotar a posição mais favorável ao acusado. O intenso (e desnecessário) uso do Direito penal, de outro lado, viola o princípio da intervenção mínima. Sem contar seu efeito criminógeno e reprodutor da violência.