

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004.70.01.009626-3/PR****RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO****APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****APELADO : JULIO CESAR DUTRA FONSECA****ADVOGADO : Joao Luiz do Prado**

D.E.

Publicado em 14/06/2007

**EMENTA**

PENAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. INTRODUÇÃO DE ANABOLIZANTES NO TERRITÓRIO NACIONAL. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA **PROPORCIONALIDADE**. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI 6.368/76).

1. A importação de produto de origem estrangeira destinado a fins medicinais, sem registro na ANVISA, determina a ocorrência do delito insculpido no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP. 2. *"A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a "enormes danos" (exposição de motivos). Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de reprimenda justa, sob pena de ofensa ao princípio da **proporcionalidade**. A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta"* (Fábio Bittencourt da Rosa. In *Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão, adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública". Precedente desta Corte. 3. Possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, seja porque o delito de tráfico foi tomado tão-só como substrato para aplicação da pena, seja porque o remédio importado não era "falsificado, corrompido, adulterado ou alterado" (inciso VII-B do art. 1º c/c o parágrafo primeiro do art. 2º da Lei nº 8.072/90).

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 06 de junho de 2007.

**Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004.70.01.009626-3/PR****RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO****APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****APELADO : JULIO CESAR DUTRA FONSECA****ADVOGADO : Joao Luiz do Prado****RELATÓRIO**

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Júlio César Dutra Fonseca, dando-o como incurso nas sanções do art. 273, § 1º-B, I do CP e art. 1º, VII-B da Lei 8.072/90. A exordial, recebida em 30/09/2004 (fl. 06) narrou os fatos nas seguintes letras:

*"Em data não precisada, mas sabido que por volta do dia 12 de setembro, o denunciado, com vontade livre e consciente, em prévio conluio com a pessoa conhecida unicamente como Marcelo, importou, provavelmente da Argentina ou Paraguai, os medicamentos relacionados no Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 06, consistentes em 3.300 ampolas de Winstrol/Depot 1ml/50mg - Stanozolol, 200 ampolas de Parabolan Trembolone 76 mg de 1,5 ml, 1000 ampolas de Stanozolol de 2ml/100mg, 200 frascos de Winstrol-V de 30 ml/50mg, 239 cartelas de Stanozolol com 15 comprimidos cada, 600 cartelas de Methandrostenolone com 20 comprimidos cada, 01 cartela de Broq-c Clenbuterol com 10 comprimidos cada e 01 ampola de Sustanon de 1 ml. Os medicamentos apreendidos não possuem o devido registro no órgão de vigilância sanitária competente (exigência do art. 12 da Lei 6.360/76) qual seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (conforme informa o ofício nº 220/2004/GGMED/ANVISA, às fls. 43-46). No dia 13 de setembro de 2004, o denunciado foi preso em flagrante delito, por uma equipe de policiais militares formada com o intuito de reprimir diversos crimes ocorridos no Terminal Rodoviário desta cidade de Londrina (PR) quando desembarcava do ônibus da empresa Viação Garcia proveniente de Foz do Iguaçu."*

Regularmente instruído e processado o feito, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva para condenar o acusado, pelo delito insculpido no art. 273, § 1º-B, I c/c § 2º do mesmo artigo do CP, à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação.

Inconformado, o Ministério Público Federal apelou, buscando a reforma do *decisum* para excluir o § 2º do art. 273 do CP (modalidade culposa). Alega, em síntese, estar cabalmente comprovada a existência do elemento subjetivo, pois, ainda que não se configurasse o dolo direto, o dolo eventual estaria evidenciado, pois o réu tinha condições de imaginar o que havia nas caixas transportadas. Caso mantida a capitulação, requer seja a pena fixada acima do mínimo legal, diante das conseqüências, motivos e culpabilidade desfavoráveis ao denunciado.

Apresentadas contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

A douta Procuradoria Regional da República, oficiando no feito, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2004.70.01.009626-3/PR**

**RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**

**APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**APELADO : JULIO CESAR DUTRA FONSECA**

**ADVOGADO : Joao Luiz do Prado**

### **VOTO**

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - A materialidade do delito restou comprovada de forma indubitável pelo Auto de Apreensão lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, atestando terem sido recolhidos, em poder do réu, "3.300 ampolas de Winstrol/Depot 1ml/50mg - Stanozolol; 200 ampolas de Parabolon Trembolone 76 mg de 1,5 ml; 1000 ampolas de Stanozolol de 2ml/100mg; 200 frascos de Winstrol-V de 30 ml/50mg; 239 cartelas de Stanozolol com 15 comprimidos cada; 600 cartelas de Methandrostenolone com 20 comprimidos cada; 01 cartela de Broq-c Clenbuterol com 10 comprimidos cada e 01 ampola de Sustanon de 1 ml" (fl. 08 do apenso).

Segundo o laudo pericial elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística do DPF, "conforme especificações técnicas constantes nas embalagens apresentadas, pesquisa em bibliografia pertinente e informações obtidas junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária e Ministério da Agricultura, os medicamentos descritos nos itens 1 a 9 são esteróides anabolizantes, e o do sub-item 10, beta agonista com ação anabolizante. À exceção do medicamento descrito no sub-item 7, cujo princípio ativo é a testosterona, os demais têm como princípios ativos substâncias **sem registro no Ministério da Saúde - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou no Ministério da Agricultura, isto é, não podem ser comercializadas no território brasileiro**" (fl. 67).

Portanto, os medicamentos estrangeiros trazidos pelo apelante enquadram-se na descrição típica contida no art. 273, § 1º-B, I da norma incriminadora.

A autoria ficou cabalmente provada pela prisão em flagrante do réu, no momento em que chegava ao Terminal Rodoviário de Londrina/PR, proveniente de Foz do Iguaçu, transportando os medicamentos já descritos, em oito grandes volumes (auto de fls. 04-07).

Anderson Souza Oliveira, Policial Militar que participou do flagrante, assim relatou os fatos (fl. 106):

*"Realizava uma operação de rotina no terminal rodoviário de Londrina, quando foram encontradas com o réu, na sua bolsa, as substâncias narradas na denúncia. Na hora em que o*

*ônibus chega e as pessoas desembarcam, são verificadas as bagagens e algumas delas são revistadas. As bagagens possuem etiqueta de identificação que as ligam a quem as transportou. Foi solicitado ao acusado que abrisse a sua. As substâncias anabolizantes estavam em várias caixas de diversos tamanhos, todas acondicionadas numa única mala, cuja altura era de 1,5m a 2m. O acusado também possuía mais duas bagagens menores, mas o depoente não sabe dizer se havia anabolizantes nelas. As cartelas de comprimidos e ampolas não estavam embrulhadas. Eram ampolas de 1 a 2 ml e frascos de 30 ml. Os produtos estavam separados por marca e tipo. Na hora, o acusado nada falou sobre a mercadoria, somente mais tarde assumiu que estava transportando as substâncias para uma pessoa que não soube dizer exatamente quem era, cujo nome, salvo engano, era Marcelo (...)."*

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, ponto central da irresignação, merece provimento o pleito ministerial.

Embora no interrogatório o réu tenha alegado "*que sabia apenas que se tratava de remédio*" e "*que não sabia que o transporte de mercadoria importada sem registro no Brasil é crime*" (fl. 23) tal fato não se sustenta diante das provas colhidas.

Da análise dos autos, sobressaem elementos suficientes para evidenciar a plena consciência - ou a capacidade de atingi-la - da atividade que realizava, em toda sua extensão. Por oportuno, peço vênias para transcrever trecho do despacho proferido pelo ilustre juiz *a quo* (fl. 185):

*"Creio que o réu, ao assumir o compromisso de transportar os medicamentos de Foz do Iguaçu a Londrina, para pessoas de identidade ignorada, não agiu com as cautelas necessárias, pois qualquer pessoa, em idênticas circunstâncias, poderia antever que tais substâncias adentraram clandestinamente no país, máxime porque o tal Marcelo é argentino e exerce suas atividades no Paraguai, sendo possível ainda ao acusado prever que esses medicamentos têm restrição de uso no Brasil."*

Assim, infundada a descaracterização da conduta narrada na exordial por inexistência de dolo. Vejamos o que dispõe, sobre o tema, o Código Penal:

*"Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. (...)"*

No caso concreto, ainda que se admita o argumento de que o apelado desconhecia o fato de não serem permitidas tais substâncias no país, estar-se-ia diante da hipótese de dolo eventual, referido na segunda parte do aludido dispositivo. Sua definição funda-se em que o agente, conscientemente, aceita o risco de produzir o resultado. Dessa forma - sobretudo diante das circunstâncias de residir há mais de 15 anos nessa fronteira, além de ter recebido quantia considerável apenas para entregar os produtos no terminal rodoviário de outra cidade - fica evidenciado ter Julio Cesar incorrido para a realização do delito, não havendo falar em mera imprudência (culpa) mas sim em assunção de riscos (dolo eventual).

Logo, a ação do acusado está corretamente enquadrada no art. 273, § 1º-B, I, não merecendo reparos a capitulação originalmente proposta pelo *Parquet*. Nesse contexto, entendo que deve ser dado provimento ao apelo.

Entretanto, importa tecer algumas reflexões sobre a sanção cominada ao tipo penal em comento. Em hipótese análoga (ACR - 2001.72.00003.683-2/SC) o eminente Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz formulou arrazoado, acatado à unanimidade por esta Oitava Turma (julg. em 09/02/2005, public. no DJU de 02/03/2005) que adoto como fundamento para esta decisão:

*"Realizado o enquadramento típico da conduta, mostra-se indispensável que se faça algumas considerações sobre a nova redação que a Lei nº 9.677/98 veio dar aos artigos 272 e 273 do Código Penal, especialmente no que diz respeito à quantidade de pena imposta pelo legislador. Não é novidade para ninguém que a atividade legislativa vem, nos últimos anos, sendo desenvolvida sob indiscutível e censurável influxo de conveniências políticas e ou de pressões sociais. Legisla-se ao sabor da ocasião. Se os índices de criminalidade aumentam, com o surgimento de novas condutas delitivas ou o recrudescimento de práticas antigas, a solução que se tem buscado é sempre a mesma: aumento de pena, endurecimento de regime etc. Incapaz de estabelecer ele próprio políticas preventivas consistentes, o Estado brasileiro encontra, na edição de leis severas, uma forma de dar explicações à sociedade. O resultado dessa prática não tem se revelado eficaz, como provam os dados estatísticos freqüentemente divulgados pela imprensa. Para ficar em uma situação que é de conhecimento público, poder-se-ia dizer que a chamada Lei nº 8.072/90 não foi capaz de conter a prática de crimes hediondos. O que se verificou, ao contrário, desde a edição daquele diploma legal, foi um aumento significativo de pessoas condenadas pelos delitos ali previstos. Essa fúria legiferante seria apenas mais uma manifestação inofensiva da cultura da improvisação, não fossem as graves complicações que ela acarreta no campo da aplicação da lei. A consequência primeira da elaboração de leis sem que se avaliem, de início, as possíveis consequências é a instauração de incongruências no sistema normativo, problema que, ao fim e ao cabo, fica para ser resolvido pela jurisprudência. Um pouco mais de calma, de prudência, de avaliação prévia contribuiria, sem dúvida, para evitar, já na fase de elaboração das normas, o surgimento dessas imperfeições. Não há nada à vista, no entanto, que pareça suficiente para deter a compulsão legislativa. Quando não é lei elaborada às pressas, é medida provisória, e assim caminhamos. Não se está aqui, evidentemente, negando gravidade aos chamados crimes hediondos. Sendo a segurança pública uma das questões que maior preocupação tem suscitado na sociedade brasileira, seria mesmo inadmissível que o legislador se pusesse inerte, nada fazendo, no âmbito de suas atribuições, para enfrentar o problema. Um dado inquestionável, porém, é que a simples edição de leis severas não tem aptidão, por si só, para a resolução dessa grave situação. É preciso - e isso é de uma obviedade que salta aos olhos - combinar atuação legislativa eficiente com elaboração de políticas preventivas de segurança pública. A Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 02.07.98), ora posta sob exame, é mais um desses diplomas que padecem de imperfeições evidentes, defeito que só se pode atribuir a esse fenômeno que se poderia denominar, à falta de termo mais preciso, de legislatura de ocasião, o qual, se é que isso serve de consolo, não é característico apenas de nossa cultura. "Só se pode compreender tais exageros", diz Miguel Reale Júnior ao comentar o diploma mencionado, "pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de 'falsificação de remédios', questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo. Este fenômeno, não ocorrente apenas entre nós, é examinado por Michele Correra et alli, segundo os quais "pretende-se assim trocar a ilusão de segurança por votos." "Também Alessandro Baratta e Sérgio Moccia", observa o eminente professor, "analisa fenômeno parecido na Itália, onde por igual se legisla casuisticamente, ao sabor dos fatos, de forma panfletária, tal como tem continuamente sucedido no Brasil, em especial na elaboração desta Lei 9.677 e da Lei 9.695, de 20.08.1998, não por acaso a única lei votada pelo Congresso Nacional durante o tempo de recesso 'branco' na fase pré-eleitoral" (A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, RT-763, maio de 1999, 88º ano, pp. 415/431). Embora não pareça ser o caso de assumir a tese da inconstitucionalidade, proclamada pelo eminente professor Reale Júnior; uma vez que a adulteração de remédios configura, por sua nocividade intrínseca, conduta que merece severa reprimenda criminal, o fato é que a lei em comento contém impropriedades visíveis, sendo uma delas o quantitativo da pena mínima prevista e outra a reunião, em um só tipo penal, de*

condutas que mereceriam tratamento diverso pelo legislador. Para ilustrar o primeiro caso, tome-se, a título exemplificativo, o crime de homicídio simples, descrito no caput do art. 121 do CP, cuja pena mínima é de 06 anos, e dois delitos previstos na Lei nº 8.072/90: o tráfico ilícito de entorpecentes e a tortura. O tráfico, cuja gravidade ninguém contesta, tem pena mínima de 03 anos; a tortura, de sua vez, crime tão repugnante que mereceu especial atenção do legislador constituinte, tem pena mínima de 02 anos, sendo esta aumentada para 08 anos "se resulta morte" (art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/97). Como exemplo do segundo, basta dizer - sendo isso assinalado no artigo do emérito professor - que a lei incrimina do mesmo modo o adulterador ou falsificador do remédio e aquele que, não realizando conduta de adulteração, expõe à venda remédio sem que para tanto detenha autorização legal. Também aqui pode ser lembrada a circunstância de o legislador ter, "de forma absurda", feito incluir, "no § 1º-A, entre os produtos objeto do art. 273, punidos com severíssimas penas, os cosméticos (destinados ao embelezamento) e os saneantes (destinados à higienização e à desinfecção ambiental), ferindo, assim o princípio da proporcionalidade" (Delmanto, citado por Capez, p. 220). Essas considerações foram feitas, em verdade, com um único propósito: mostrar que a pena mínima prevista no art. 273 do CP e seus respectivos parágrafos (10 anos de reclusão) é, para casos como o presente, flagrantemente desproporcional. "A **proporcionalidade da pena**", adverte René Ariel Dotti, "é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor medida penal 'necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime' (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito..." "Para Zaffaroni", prossegue o renomado professor, "a exigência de segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite esse que deve ser procurado pela racional proporção entre a quantia do injusto e da culpabilidade com a quantidade da pena" (in Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 64). A evidente **desproporcionalidade** da pena mínima cominada no tipo penal é motivo bastante para que se afaste a sua adoção no caso concreto, restando ao aplicador duas soluções possíveis. A primeira delas é, proposta a arguição de inconstitucionalidade, recusar simplesmente a sua aplicação. Esse, no entanto, não parece ser o melhor caminho. É que a pena, abstratamente analisada, não padece, em princípio, de vício de inconstitucionalidade. A exposição de motivos da lei que fez elencar o crime em comento na categoria de delitos hediondos dá bem a idéia da gravidade que lhe é inerente. "A incidência da ação de fraudadores inescrupulosos, ávidos de empreendimento ilícito, ainda que à custa da disseminação de substâncias nocivas, a até danosas, à saúde, hoje", diz o documento, "vem ocorrendo com frequência, explorando a fé pública, com a falsificação de medicamentos, em sua maioria auto-usáveis pelo povo" (...) "Entendemos que delitos como esses causam enormes danos à sociedade e também à economia popular, pois que atingem as classes menos favorecidas que buscam no preço mais barato, e na alternativa de auto-medicação, sem prescrição médica, a solução paliativa de seus males físicos, devendo ser, portanto, também o delito de falsificação de medicamentos classificado como crime hediondo e seu agente sujeito às restrições e às insuscetibilidades alinhadas no art. 2º e seus parágrafos, da regra ora modificada no presente Projeto de Lei". Descartada a primeira via, sobra ao julgador um segundo critério a ser adotado: recolher, no corpo do sistema normativo, fundamentos jurídicos que sirvam de substrato à aplicação de uma pena justa. Sabido, pela peculiaridade do problema, que qualquer solução encontrada não estará totalmente isenta de críticas, desde logo é conveniente advertir para o fato de que, na escolha do critério a ser fixado para a chamada pena justa, não poderá o aplicador arrogar-se o direito de escolher, arbitrariamente, um montante de pena que julgue necessário à reprimenda da conduta. Uma atitude assim tomada seria censurável não apenas por sua índole autoritária, mas também porque lhe faltaria a necessária motivação, requisito indispensável de toda decisão judicial (art. 93, IX, da CF). Ao julgador, em casos como o presente, não lhe é dado o direito de simplesmente dizer: "A pena mínima cominada (10 anos de reclusão) é desproporcional; parto, portanto, da quantia de 01 ano de reclusão". Afastar a aplicação da pena desproporcional à base de interpretações hermenêuticas hauridas do sistema normativo, buscando parâmetros possíveis de concretização do direito, eis a tarefa a ser desempenhada. Algumas opções razoáveis se oferecem. Poder-se-ia, por exemplo, tomar em consideração o dolo do agente. Como, ao que consta da inicial acusatória, o réu, ao vender o remédio importado, tinha a intenção de auxiliar a pessoa que o adquiriu a praticar aborto, não seria fora de propósito, em princípio, tomar a pena mínima daquele crime como ponto de partida.

*O inconveniente da alternativa residiria na circunstância de que, em outro caso de conduta semelhante (vender remédio importado sem autorização legal), talvez não se pudesse, ausente a intenção dirigida à prática do crime previsto no art. 125 do CP, adotar a mesma orientação, a despeito de revelar-se a ação delituosa porventura de maior gravidade (comércio de maior quantidade de comprimidos, por exemplo). Possível seria, também, considerado o fato de que a alteração legislativa levada a efeito pela Lei nº 9.677, de 02.07.98, pretendeu alcançar, segundo o texto da exposição de motivos, as condutas que trazem "enormes danos à sociedade e também à economia popular", dar efeito ultra-ativo à redação antiga do art. 273 do Código Penal, na suposição de que aquela norma apenas aparentemente estaria revogada, mantida sua eficácia para as situações, por assim dizer, menos graves. A crítica que se poderia lançar contra essa forma de resolver o problema é a seguinte: a antiga norma do art. 273 do CP não previa, como conduta punível, essa que agora se examina. Afastadas estas duas alternativas, deve-se, no pressuposto de que a pena mínima prevista não pode ser aplicada ao caso presente, recorrer ao recurso da analogia, perfeitamente manejável em Direito Penal quando se cuide de tratamento que venha em benefício do réu. Ninguém, na doutrina e na jurisprudência, discute a legitimidade de aplicação da analogia in bonam partem, de modo que o tema dispensa maiores esclarecimentos. O objeto jurídico dos crimes contra a saúde pública é, no dizer de Fernando Capez, "a proteção das condições saudáveis de subsistência de toda a coletividade". "Todos têm, individualmente", assinala o autor, "direito ao ar, à água, etc., obviamente saudáveis; sempre que esse direito for individualmente violado, teremos um crime de perigo ou de dano individual. Dessa forma, se eu coloco veneno no copo d'água de meu inimigo e sucede seu óbito, minha conduta será enquadrada no crime de homicídio. Tal não ocorre se minha ação criminosa atingir uma coletividade, por exemplo, o envenenamento de reservatório de água potável. Essa conduta, dado o perigo de dano a um número indeterminado de pessoas, deverá ser enquadrada no crime do art. 270. Nesse sentido é a lição de Carrara, em seu Programma, §§ 3.170 e 3.171: 'O vaso d'água destinado a um só, o ar do meu aposento, o alimento que para mim só é preparado, serão objetos de um direito que me é exclusivo. Mas, se tem em conta o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desalteração da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consorciados, é manifesto que em tais condições o ar, a água, e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a cada um dos consorciados, bem como a toda a coletividade...' (in Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, Vol. 3, pp. 203/4). Diante dessa constatação, não seria de todo despropositado (já se falou que qualquer opção tomada não estaria isenta de críticas) utilizar a pena mínima do delito de tráfico de entorpecentes como parâmetro para a realização da dosimetria nesse caso específico. Assim como os delitos contra a saúde pública, o tráfico ilícito de substância entorpecentes também tem, como bem jurídico, a saúde pública. O tráfico, do mesmo modo, não fica descaracterizado pela pequena quantidade de droga vendida. Quem vende pequena quantidade de droga está expondo a risco a saúde pública da mesma forma que aquele que a comercializa em larga escala. Ambos os delitos têm ainda em comum a circunstância de serem crimes de perigo abstrato. A vantagem (se é que se pode usar o termo) de adoção desse critério é que o delito previsto na Lei nº 6.368/76 tem pena mínima de 03 anos de reclusão, parâmetro que parece justo para a penalização da conduta. Não se estaria negando a gravidade do delito, nem impondo ao réu pena flagrantemente desproporcional à conduta praticada. Às objeções eventualmente levantadas contra a escolha, pode-se responder com a advertência de que o caso é de exceção, e assim deve ser tratado. Esse exercício hermenêutico não é totalmente estranho ao direito penal. Fernando Capez, por exemplo, menciona caso de "intrigante hipótese em que se fala em emprego da analogia em tipo incriminador, para beneficiar o réu". "O art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76", adverte, "incrimina o agente que semeia, cultiva ou faz a colheita de planta com efeito psicotrópico, sem distinguir se a conduta é praticada com o fim de tráfico ou consumo pessoal. Trata-se de figura equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes, apenada com igual severidade, estando previstas nas mesmas penas. À vista disso, indaga-se: como enquadrar o agente que planta droga para uso próprio, como o estudante que mantém, em seu quartinho, um pequeno canteiro onde cultiva Cannabis sativa L (maconha), para fumar sozinho, de vez em quando? Entendemos que se trata de fato atípico, o qual não se enquadra nem na figura equiparada ao tráfico (se a finalidade é para consumo, não pode existir tal comparação), nem na do art. 16 da Lei de Tóxicos, que somente tipifica as condutas de 'adquirir, guardar e trazer consigo' a*

*droga. Assim, não há se falar em analogia para tipificar tal conduta. Prevalece, no entanto, o entendimento de que, em princípio, o fato deveria ser enquadrado no art. 12, § 1º, II, já que lá estão contemplados todos os casos de plantio, sem distinção; porém, para evitar uma injustiça, aplica-se analogicamente a norma do art. 16, a qual deve ser estendida para alcançar o plantio para uso próprio, a fim de evitar flagrante injustiça" (op. cit. pp. 38/9). Aliás, como adverte o eminente Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, ao discorrer sobre a utilização da analogia em Direito Penal, "a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (in Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Seria desnecessário dizer que todo esse esforço de argumentação deve-se ao fato de que o caso é, definitivamente, complexo, para cuja solução não se revelam suficientes os meios usuais de interpretação jurídica. Não inteiramente livre de críticas, sujeita, por isso mesmo, a objeções, a solução encontrada não parece, contudo, exceder os limites do que em direito se possa considerar razoável. O que definitivamente não poderia ser feito no presente caso era tomar, pura e simplesmente, a pena mínima prevista para o delito cometido. "O juiz que interpreta uma lei", ensina Karl Larenz, "almejará sempre julgar não só 'segundo a lei', mas, para além disso, também 'com justiça'. Sempre que o juiz se decide por uma entre várias pelo menos à primeira vista possíveis interpretações da lei, ou concretiza 'um princípio geral de direito', o faz tendo em vista, ao fim e ao cabo, uma decisão 'justa'. A sua própria consciência jurídica - isto é, a sua representação e convicção do que estaria 'certo' como regime de um caso assim - acabará então por ser decisiva em caso de dúvida" (in Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa. Gulbenkian, 1978, pp. 272/3). Nessa mesma linha vai a interpretação que do princípio da humanidade da pena extraem Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. "Entendemos que o princípio da humanidade das penas", ensinam os renomados autores, "tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa - o geral - como a ação judicial - particular - o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo. Comprovados os extremos fáticos que conduziriam à ofensa de tal princípio no caso concreto, entendemos que a sentença, como ato que diz o direito, não pode ser o antijurídico, ou seja, não pode afrontar o princípio da humanidade" (in Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 178). Destarte, porque ausente qualquer circunstância que exclua a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade, deve ser mantida a condenação do réu como incurso no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP, merecendo reforma o comando sentencial apenas no que diz respeito às reprimendas impostas. Com lastro na fundamentação suso esposada, à vista das peculiaridades que permeiam o presente feito, tão-somente para fins de fixação da pena, aplica-se analogicamente a regra prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/76, a qual comina as sanções de "reclusão, de 3 (três) anos a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".*

Efetivamente, o magistrado, no exercício do seu *munus*, deve sopesar não só os aspectos jurídicos, mas principalmente os efeitos sociais de sua decisão. Impõe-se, numa visão conjunta do sistema legal, evitar exegese que cause o esvaziamento do conteúdo das normas, sendo indispensável perscrutar o verdadeiro espírito das mesmas. Veja-se, nesse sentido, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (Processo Penal, 20. Ed. Rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, pp.165/170):

*"Interpretar a lei é descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica ou como diz Clóvis, é revelar o pensamento que anima as suas palavras. (...) Interpretação sistemática - o intérprete deve colocar a norma em relação com o conjunto de todo o Direito vigente e com as regras particulares de Direito que têm pertinência com ela. (...) Interpretação histórica - A pesquisa do processo evolutivo da lei, isto é, a história da lei ou dos seus precedentes auxilia o esclarecimento da norma. Os projetos de leis, as discussões havidas durante sua elaboração, a*



*Exposição de Motivos, as obras científicas do autor da lei são elementos valiosos de que se vale o intérprete para proceder à interpretação".*

Sob pena de banalizar a aplicação da lei - através do juízo estático de mera subsunção dos casos concretos às hipóteses legais - o julgador não pode se distanciar da finalidade da norma punitiva, bem assim, em última análise, dos próprios objetivos do sistema repressivo.

*In casu*, o tipo em que o réu foi dado como incurso (art. 273, §1º B, do Código Penal) tem como objetivo tutelar a saúde pública, criminalizando condutas que acarretam "*enormes danos à sociedade e à economia popular*", nos termos da exposição de motivos da Lei 9.677/98.

Contudo, como bem salientou o ilustre Des. Paulo Afonso Brum Vaz, no aludido voto, "*a Lei dos Remédios, ora posta sob exame, é mais um desses diplomas que padecem de imperfeições evidentes, defeito que só se pode atribuir ao fenômeno que se poderia denominar, à falta de termo mais preciso, de legislatura de ocasião (...)*".

Sobre o tema, cumpre observar que a votação no Congresso da norma em comento foi precedida de exaltadas manifestações da opinião pública contra a falsificação de medicamentos por empresas clandestinas, conduzindo o Legislador a visíveis excessos.

Análise acurada do indigitado diploma normativo, demonstra não estar o texto final - notadamente no que tange às sanções cominadas - em sintonia com o conjunto do sistema penal pátrio. Em face disso, a aplicação simplista da lei sujeitaria o juiz a inconcebível abstenção do dever de atentar para as conseqüências de seus atos no meio social.

Nesse contexto, a fixação de pena superior a 10 (dez) anos de reclusão para o ilícito apurado nestes autos, implica em flagrante ofensa ao princípio da **proporcionalidade**. Segundo leciona René Ariel Dotti, comentando o apontado preceito, "*a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar uma possível relação de **proporcionalidade** entre o mal do ilícito e o mal da ação (omissão) Cf. lição clássica, a retribuição é a 'alma de todas as penas e do direito penal de todos os tempos' (Max Ernst Mayer, cit. por Costa e Silva, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, vol. II, 14) (...) A retribuição, de imemoriais fontes, é uma exigência jurídica que, atendendo aos objetivos do Direito Penal, deve compensar a ofensa provocada pelo crime. A **proporcionalidade** entre a pena e o ilícito toma em consideração o bem jurídico agredido e também as condições e qualidades de seu autor, e deve se caracterizar como um fenômeno de equilíbrio possível. O nosso sistema penal conserva o fundo retribucionista das penas e um exemplo eloqüente se encontra no perdão judicial para as hipóteses de homicídio ou lesão corporal culposa, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária..." (Curso de Direito Penal - Parte geral, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 441).*

No mesmo sentido, cabe transcrever pertinente comentário de Alberto Silva Franco (Crimes Hediondos, ed. RT, 4ª edição, 2000, p. 257):

*"(...) O legislador penal cominou para as condutas previstas no caput e nos parágrafos dele derivados, pena reclusiva variável entre dez e quinze anos e multa. Não é necessário nenhum esforço concentrado para concluir que, ao atribuir esse quantum punitivo aos autores das*

*ações enumeradas no artigo 273 e seus parágrafos, lesionou, de forma inquestionável, os princípios constitucionais da **proporcionalidade** e da ofensibilidade. 'O princípio da **proporcionalidade**, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Trata-se, empregando expressões próprias da análise econômica do Direito, de não aplicar um preço excessivo para obter benefício inferior: se o que se deseja é obter um máximo de liberdade, não poderão ser cominadas penas que resultem desproporcionais em relação à lesividade da conduta' (Carbonell Mateu, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales...*) Destarte, não há como aplicar um preceito sancionatório muito superior à gravidade da infração..."*

Reporto-me, novamente, às palavras do eminente colega para aceder à constatação de *"que qualquer solução encontrada não estará totalmente isenta de críticas"*. Destarte, mostra-se razoável aplicar analogicamente a reprimenda cominada ao delito de tráfico de entorpecentes, visto que ambos se destinam a tutelar a incolumidade da saúde pública, à míngua de outro critério legal específico.

Logo, ante a especificidade do caso concreto, e na busca de uma decisão justa, impõe-se a reforma da sentença, observada, no entanto, essa solução hermenêutica no que tange à fixação da pena.

Feitas essas considerações, passo à dosimetria da reprimenda, tendo por base a sanção cominada ao delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76.

Na primeira etapa, a magistrada *a quo* considerou desfavorável o motivo do crime, por *"visar ao transporte de mercadorias danosas à saúde pública"*. Entretanto, entendo que tal fato é inerente ao tipo penal em tela, não ensejando a exacerbação da pena-base. No mais, a culpabilidade e as consequências do crime foram normais à espécie, inexistem registros de antecedentes, a conduta social do acusado foi abonada por sua companheira e por diversos conhecidos (fls. 39-42 do apenso) e não há notícia de qualquer distorção de personalidade. Logo, estabeleço o patamar inicial de cálculo no mínimo legal de **03 (três) anos de reclusão**.

Ante a ausência de atenuantes ou agravantes, minorantes ou majorantes, resta a pena definitivamente estabelecida nesse *quantum*. De modo a guardar **proporcionalidade** com a prisional, arbitro a pena de multa em **50 (cinquenta) unidades diárias** à razão de **1/30 (um trigésimo) do salário mínimo**, em face da renda declarada (fl. 22).

De outra parte, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos retifico minha posição no julgamento da ação penal anteriormente mencionada. Com efeito, à época compreendi que a aplicação analógica da lei-antidrogas impediria a concessão do benefício, ponto no qual restei vencido.

Revedo meu entendimento, decido por adotar outra vez parte da fundamentação exarada no voto condutor do indigitado processo-crime, nos seguintes termos:

*"Por fim, dada a circunstância de que o agente foi condenado pela prática da conduta de importar remédio cuja circulação não está autorizada, pois não registrado no órgão de vigilância sanitária competente, inaplicável na espécie a restrição que a jurisprudência*

*estabelece quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito relativamente aos crimes hediondos. Com efeito, o cumprimento da pena integralmente em regime fechado somente se justificaria caso o remédio encontrado na posse do acusado fosse "falsificado, corrompido, adulterado ou alterado", situação não configurada nos autos (art. 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90). Ademais, imperioso esclarecer que a pena do crime de tráfico de entorpecentes está sendo tomada apenas como parâmetro, não incidindo, in casu, seu regime integral. Desse modo, para o início do cumprimento da pena, fixo o regime aberto, forte no art. 33, § 2º, alínea c, do CP. Atendidos os requisitos do art. 44, § 2º, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo prazo da pena aplicada (CP, art. 43, IV), e uma de prestação pecuniária (...)."*

Assim, *in casu*, também aplico as referidas medidas alternativas, e, tendo em vista a condição sócio-econômica do réu, estabeleço a pecuniária em 03 (três) salários mínimos.

No que pertine à escolha dessas sanções, mister referir que ao Estado, como ente de agregação e controle social, interessa reinserir o condenado no convívio comunitário, razão pela qual deve o julgador, ao aplicar a reprimenda, torná-la conciliável com dito objetivo.

*In casu*, a opção pela prestação de serviços à comunidade revela-se mais indicada para fins de repressão e prevenção da prática delitativa, atendendo inclusive aos objetivos ressocializantes da Lei Penal. Note-se que a *ratio legis* do art. 46 consiste justamente em estimular e permitir a readaptação do apenado no seio da comunidade, viabilizando o ajuste entre o cumprimento da pena e a jornada normal de trabalho. Ademais, cumpre salientar que a referida medida alternativa, além do aspecto punitivo, inerente a qualquer sanção, possui caráter evidentemente pedagógico.

Quanto à prestação pecuniária, colaciono lição de Luís Flávio Gomes sobre o tema (in *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 140/141):

*"A restritiva de direitos prevista no art. 43, I, vem explicitada no § 1º do art. 45 e consiste em um pagamento em dinheiro. Aliás, 'prestação' significa precisamente ação de satisfazer ou pagamento. prestação pecuniária sempre envolve algum valor, alguma importância, alguma quantia, em suma, um quantum monetário. O objeto dessa prestação pecuniária pode ser diversificado: dinheiro, títulos, pedras preciosas, ouro, etc. Na sua forma principal, a prestação pecuniária, ex vi legis (§1º citado) deve ser em dinheiro, isto é, em moeda corrente. (...) A importância da prestação pecuniária é fixada pelo juiz, na mesma sentença condenatória. (...) Na lei não se prevê nenhuma equivalência entre o quantum da pena de prisão imposta e a quantia da prestação pecuniária. É certo todavia que o valor que o juiz fixa conforme sua prudência pode não refletir a real extensão dos danos ocorridos contra alguma vítima concreta. Por isso é que a via civil fica sempre aberta (...). Cabe ao juiz descobrir, em cada caso concreto, um valor que seja 'suficiente' para a prevenção (e reprovação) do delito. Levará em conta a situação econômica do acusado, até porque ela é inclusive critério componente da medida da culpabilidade. Sempre que tenha havido prejuízo para uma vítima concreta é também relevante saber, ainda que superficialmente, a extensão desses danos (o juiz deferirá a substituição tendo em conta inclusive as circunstâncias do fato). A fixação da importância substitutiva independe da prova de qualquer dano (material ou moral). Não se exige pedido nesse sentido. Nem sequer a vítima tem que se habilitar no processo penal. Tampouco o juiz tem necessariamente a obrigação de optar pela prestação pecuniária. Entre todas as restritivas cabe a escolha da que melhor acata a 'suficiência' da resposta estatal, levando em conta o princípio da **proporcionalidade**."*

Assim, tal medida mostra-se adequada para fins de prevenção e repressão ao crime praticado, principalmente por reverter em benefício dos menos afortunados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal para reclassificar a conduta delitiva, redimensionando as penas.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**