

**O ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL:
UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA
ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL**
**THE ARTICLE 273 OF CRIMINAL CODE IN THE SPHERE OF FEDERAL COURTS:
A REFLECTION ABOUT THE POSSIBILITY OF PENALTY'S DETERMINATION
UNDER THE LEGAL MINIMUM**

PAULO BUENO DE AZEVEDO

Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo; Mestre em
Direito Político e Econômico pela Universidade Presbi-
teriana Mackenzie; Especialista em Direito Penal Econô-
mico Europeu pela Universidade de Coimbra.

Resumo: O presente artigo pretende a estimulação do debate e o convite à reflexão sobre a aplicação da pena abaixo do mínimo legal para o crime previsto no artigo 273 do Código Penal. Os fundamentos são o controle de constitucionalidade da norma secundária penal e a analogia *in bonam partem*.

Abstract: This article aims to stimulate the debate and to invite reflection about penalty's determination under the legal minimum for the crime fixed in the article 273 of Criminal Code. The legal grounds are the judicial review and the analogy *in bonam partem*.

Palavras-chave: Pena. Controle de constitucionalidade. Analogia *in bonam partem*.

Keywords: Penalty. Judicial review. Analogy *in bonam partem*.

Sumário: 1. Introito. 2. Enfrentando o principal óbice: a invocação do princípio da legalidade para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal. 3. A aplicação da analogia *in bonam partem* e seus limites no âmbito do artigo 273 do Código Penal. 4. A substituição de pena na importação ilícita de remédios. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introito

No âmbito da Justiça Federal, são comuns as prisões em flagrante de indivíduos surpreendidos em operações policiais de rotina portando medicamentos importados, sem registro ou de comercialização proibida no Brasil.

Apenas para citar um exemplo, alguns dos chamados “sacoleiros” viajam ao Paraguai, com o intuito de trazer, dentre outros produtos, remédios mais baratos ou não comercializados em nosso país¹, visando ao lucro ilícito com a revenda.

O delito em apreço, além de ser etiquetado como hediondo (art. 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90), é apenado com uma rigorosa sanção para a modalidade dolosa, qual seja reclusão de 10 a 15 anos, e multa.

¹ Um produto muito buscado é o Pramil, uma espécie de genérico do Viagra. O Pramil não é registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), acarretando a subsunção da conduta de importação ao art. 273, § 1º, c.c. § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Pois bem, com essa pena, a importação de remédios como o Pramil, assemelhado ao Viagra, torna-se um péssimo negócio para o autor do fato, porquanto, se condenado, estará sujeito, automaticamente, ao regime fechado prisional, tanto por força do art. 1º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, quanto por conta do art. 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal. Também ficará preso por, no mínimo, cinco anos a mais do que um traficante de drogas condenado pela pena mínima prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

É bem verdade que o desconhecimento da lei não escusa ninguém, principalmente quando a ignorância recai sobre o preceito secundário da norma penal. Contudo, o castigo para o importador do Pramil ou de outras substâncias congêneres nos parece exagerado, máxime ao lembrarmos a pena mínima imposta ao delito de tráfico de drogas.

Voltamos, no presente estudo, a assunto já abordado por nós em outra oportunidade². Aqui, aprofundaremos os aspectos relacionados à aplicação da pena no crime do artigo 273 do Código Penal, analisando julgados recentes dos tribunais regionais federais, além de refletir sobre os limites possíveis da decisão judicial na fixação da pena abaixo do mínimo legal.

2 Enfrentando o principal óbice: a invocação do princípio da legalidade para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal

Vivemos tempos em que muito se discute acerca da legitimidade do ativismo judicial, especialmente com críticas a interpretações judiciais criadoras de normas não previstas em lei. Argumenta-se, amiúde, que o magistrado deve limitar-se a interpretar a lei, seguindo-a ou invalidando-a quando inconstitucional.

Em verdade, concordamos plenamente com a tese de que o juiz não pode se converter em legislador. Todavia, nem sempre é fácil distinguir onde termina a interpretação conforme a Constituição e os princípios gerais de direito e onde começa a atitude positivadora de normas não previstas na legislação.

Em nosso estudo, encontramos muitos julgados que invocam o princípio da legalidade como óbice absoluto à aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Se fizesse isso, o juiz estaria legislando, o que significaria inaceitável ativismo judicial, em desrespeito às leis criadas pelos representantes da sociedade brasileira.

Não pensamos assim.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer como premissa o fato de que a aplicação da pena deve obedecer ao princípio da proporcionalidade. Assim, já dizia o Marquês de Beccaria (1995, p. 61):

“O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.”

Diriam alguns que o juiz deve se preocupar apenas com a proporcionalidade em

² Cf. nosso artigo intitulado “Aplicação de pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no direito penal”. *Revista da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 175-184, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/206>. Acesso em: 12 out. 2011.

consonância com os limites já previamente estabelecidos pelo legislador. Fora dessa hipótese, não tem legitimidade para desobedecer aos parâmetros fixados pelos representantes da sociedade.

Tal advertência certamente é válida, porquanto o juiz não pode recriar todas as penas em conformidade com o seu conceito subjetivo de proporcionalidade. Aliás, seria uma empreitada deveras pretensiosa a busca por um perfeito sistema penal proporcional. Isso porque não existe um método matemático ou objetivo no que concerne à fixação dos limites mínimos e máximos da pena de cada crime. Trata-se, pois, de questão de política criminal a ser resolvida no plano legislativo.

O que dissemos acima deve ser entendido como regra geral do sistema, porém não impede a existência de exceções. De fato, qual deveria ser a conduta de um juiz ao se deparar com penas manifestamente desproporcionais na lei? Para usar um exemplo extremo, poder-se-ia apenar um furto mais gravemente do que um homicídio qualificado? É óbvio que não. Mas qual seria a solução?

A resposta, a nosso ver, deve ser buscada na Constituição, mais precisamente no art. 5º, § 2º, que permite a integração dos direitos fundamentais, os quais não se esgotam nos incisos do citado dispositivo. A proporcionalidade das penas é um desses direitos. Contudo, como ela pode ser obtida num caso concreto? Como, enfim, calcular a pena de um delito?

Se, por um lado, não há exatidão matemática, por outro, não se pode admitir o completo arbítrio do Legislativo, que não pode criar novos crimes e penas sem consciência de que a nova lei será inserida dentro de um sistema penal preexistente.

Enfim, deve-se cuidar que a penalidade imposta seja razoável dentro do ordenamento jurídico. Destacamos, aqui, a lição de Miguel Reale Jr. (1999, p. 415, grifos do autor):

“O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes. Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao *princípio constitucional da proporcionalidade*, também dito princípio da razoabilidade, e ao *princípio da ofensividade*.”

Voltemos nossa atenção ao artigo 273 do Código Penal. Esse dispositivo tem a sua atual redação dada pela Lei nº 9.677/98, a qual determinou a pena de reclusão, de 10 a 15 anos, e multa, para as seguintes condutas: falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (CP, art. 273, § 1º). O § 1º-A inclui entre os produtos do tipo penal em tela os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. Finalmente, o § 1º-B estabelece as mesmas penas para quem pratica as ações descritas no § 1º, em relação a produtos que estejam em qualquer das seguintes condições: a) sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; b) em desacordo com a fórmula constante do registro previsto na hipótese anterior; c) sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; d) com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; e) de procedência ignorada; f) adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Conforme a jurisprudência majoritária, o delito do artigo 273 do Código Penal é de perigo abstrato ou presumido, tendo como sujeito passivo a coletividade, ou seja, põe-se em risco potencial um número indeterminado de pessoas.

Diante disso, muitos julgados afastam a alegação de desproporcionalidade da pena da referida infração em comparação com o homicídio, porquanto o último tem como sujeito passivo uma pessoa individualizada. Contudo, o óbice mais comumente invocado para impedir que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal é o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é um dos direitos fundamentais do cidadão contra o arbítrio do Estado. Se a pena é diminuída abaixo do mínimo legal, com fulcro no princípio da proporcionalidade, está-se, na verdade, reforçando a defesa do cidadão contra o arbítrio legislativo do mesmo Estado. É contraditório invocar o princípio da legalidade contra a sua própria finalidade. Nessa senda, a relevante lição de Fábio Bittencourt da Rosa (2003, p. 4), desembargador federal da 4ª Região:

“Exatamente por isso é que, sempre que o desacato a um princípio que sustenta a garantia penal implica o favorecimento do indivíduo, torna-se regra aceitável dentro do sistema. A analogia ou a interpretação extensiva *in bonam partem* são admitidas, porque colaboram com a liberdade individual ao invés de suprimi-la. Não se pode lançar mão de um princípio criado para proteger o réu para o fim de prejudicá-lo. Do mesmo modo, 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 um princípio contra o fundamento que o sustenta. Se regra de hierarquia inferior à lei beneficiar o acusado ou condenado haverá de ter garantida sua validade e eficácia.”

De outro lado, não há motivo plausível para considerarmos a norma secundária do tipo penal como imutável, impassível de qualquer controle judiciário, resistente ao exame da constitucionalidade.

Também, da mesma forma, não nos parece certo que a inconstitucionalidade da norma secundária (fixação da pena) alcance sempre, necessariamente, a norma primária (descrição da conduta criminosa). Considerar todo o tipo inconstitucional em razão da desastrosa fixação de pena pelo legislador é também uma injustiça para com a sociedade. Evidentemente, não se descarta tal solução em último caso. Mas, sempre que possível, compete ao juiz privilegiar o entendimento pela constitucionalidade da norma. E a solução, em nosso entendimento, é a aplicação da analogia *in bonam partem*, como veremos a seguir.

3 A aplicação da analogia *in bonam partem* e seus limites no âmbito do artigo 273 do Código Penal

Quando pensamos na pena mínima do artigo 273 do Código Penal, instintivamente recordamos que ela é maior do que a pena mínima do homicídio.

Num interessante caso divulgado recentemente no *site* jurídico *Conjur* (MENDONÇA, 2011), relativo à importação de medicamento abortivo, o juiz federal Ali Mazloum argumentou que, se a acusada tivesse efetivamente praticado o aborto em si mesma, estaria

sujeita à pena mínima de um ano de detenção (CP, art. 124). E, pior, se ela resolvesse matar o pai da criança em gestação, estaria sujeita à pena mínima de seis anos de reclusão (CP, art. 121). As duas penas, ainda que somadas, não alcançariam a pena do artigo 273 do Código Penal, pela conduta referente à importação do medicamento abortivo (que, na realidade, consistiria num ato preparatório ao delito de aborto). Com propriedade, o magistrado afirmou em sua sentença:

“O princípio da proporcionalidade deve interceder em favor da vida, ainda que em detrimento de interesses de grandes laboratórios. É manifesta a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, recusando-se este Juízo, portanto, a cogitar da aplicação de tão grave reprimenda³.”

Porém, como já aludimos no tópico anterior, aqueles que defendem a aplicação da pena prevista no artigo 273 do Código Penal argumentam que o delito é de perigo abstrato e, por conseguinte, coloca em risco um número indeterminado de pessoas, não podendo ser equiparado ao homicídio ou demais crimes contra a vida.

De fato, a objetividade jurídica do artigo 273 do Código Penal é a saúde pública. Portanto, podemos perfeitamente aferir a proporcionalidade da pena desse tipo penal em comparação a outros delitos que ofendem o mesmo bem jurídico. E a resposta, seguindo essa metodologia, continua apontando a grave desproporcionalidade da pena do referido dispositivo.

Afinal, ninguém pode negar que o tráfico de drogas é um crime de perigo abstrato e que tem por objetividade jurídica a tutela da saúde pública. Ninguém, ainda, pode negar que o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo pela Constituição da República. E, por fim, é sabido de todos os gravíssimos problemas trazidos à população por drogas como o *crack*, que afetam pessoas de todas as classes e acabam gerando quadros sociais lastimáveis, como a região da “cracolândia”, em São Paulo.

Pois bem, apesar de ninguém poder olvidar ou negar tal realidade, o traficante de drogas que importar cocaína e outras substâncias para a produção de *crack* é julgado de forma mais benevolente do que o sacoleiro que trouxe o Pramil do exterior!

Não existe argumento, desta vez, que possa explicar a desproporção entre os crimes de tráfico de drogas e tráfico de remédios. O primeiro é crime de perigo abstrato, atinge sabidamente um número indeterminado de pessoas, afetando a saúde dos viciados, de maneira desastrosa e, amiúde, fatal. Ambos os delitos têm a natureza hedionda. Assim, o importador de Pramil não merece ter uma pena mínima de 10 anos, ao passo que aquela destinada ao traficante de drogas é de cinco anos (art. 33 da Lei nº 11.343/2006). Com toda a devida vênia, isso fere o bom senso não só dos juízes como de toda a sociedade, e nos faz realmente pensar que a pena draconiana veio apenas socorrer os interesses dos grandes laboratórios farmacêuticos, conforme aludido pelo juiz Ali Mazloum na sentença supracomentada.

A analogia com o tráfico de drogas, conforme pensamos, não é perfeita. Contudo, trata-se da melhor solução segundo o ordenamento em vigor. Ambos os delitos são contra a saúde pública, de natureza hedionda e atingem um número indeterminado de pessoas, vale dizer, a coletividade. Sem contar que os remédios não deixam de ser drogas, só que evidentemente lícitas.

³ Vale a pena ler a interessante solução dada pelo magistrado ao caso concreto. A íntegra da sentença está disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-06/lei-importar-abortivo-grave-matar-pessoa>>. Acesso em: 12 out. 2011.

Não é perfeita porque, em rigor, a pena do artigo 273 deveria ser menor. Porém, vemos, aqui, um claro limite à atuação judicial. O magistrado não deve se acomodar ou lavar as mãos para respostas legislativas manifestamente desproporcionais. Só que, para corrigir isso, também não pode pretender recriar, conforme seu entendimento subjetivo, todas as penas ou, mesmo, algumas penas. Inventando penas mínimas, o juiz incidiria no erro ou na tentação da proporcionalidade perfeita.

A desproporção sempre deverá ser aferida pelo método comparativo, ou seja, a solução sempre virá de dentro do ordenamento jurídico, pela utilização da analogia, a qual também deve ser utilizada somente em favor do réu. Não queremos dizer, porém, que esta é uma solução que visa apenas a beneficiar criminosos. Quem pensar isso pode fazer a experiência de perguntar a uma série de leigos quem deveria ter a maior pena: o traficante de drogas ou o importador de remédios como o Pramil.

Também não pretendemos, aqui, excluir a responsabilidade de importadores de outros remédios ou até de substâncias anabolizantes que efetivamente colocam em risco a saúde das pessoas. Só que, mesmo nesses casos, não vislumbramos razão para o maior agravamento da sanção em relação ao tráfico de drogas.

Cumprе notar que a tese da analogia com o tráfico de drogas já foi aplicada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão relatado pelo desembargador Cotrim Guimarães, conforme ementa abaixo transcrita (grifos nossos):

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CP. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO PELA ANVISA. PRODUTOS ANABOLIZANTES E REMÉDIOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONFISSÃO. DESCABIMENTO DO BENEFÍCIO DO ART. 41, DA LEI 11.343/06. PERDIMENTO DO VEÍCULO. APLICAÇÃO DO ART. 91, II, ‘A’, DO CP. DOSIMETRIA DE PENA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DA LEI 9.677/98. APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 33, DA LEI 11.343/06. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A materialidade foi plenamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04) e pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14/15), o qual elencou as substâncias encontradas no compartimento do tanque do veículo usado pelo réu. O Laudo de Exame de Produto Farmacêutico (fls. 118/126) atestou que os produtos apreendidos não são registrados na ANVISA e parte deles é de origem ignorada, sendo sua importação proibida. 2. A autoria é incontroversa, não apenas pela prisão em flagrante, mas também pela confissão do acusado. 3. A alegação de destinação do material para uso próprio não é crível, dada a quantidade e a diversidade de produtos anabolizantes e medicamentos destinados ao tratamento de disfunção erétil. 4. A configuração do tipo penal do art. 273, § 1º-B, do CP, independe da demonstração de risco efetivo dos medicamentos ou que tenham sido estes adulterados, corrompidos ou falsificados. A criação desta figura típica pela Lei 9.677/98 veio justamente para reprimir penalmente a conduta de perigo abstrato de importar produto terapêutico ou medicinal em desconformidade com o controle da vigilância sanitária.

5. Sendo lícita a posse do veículo utilizado no transporte das substâncias apreendidas, não cabe a decretação de perdimento do bem, pela regra do art. 91, II, 'a', do CP. 6. Inviável a concessão do benefício do art. 41, da Lei 11.343/06, ao caso em tela. Ainda que se coubesse a aplicação analógica do dispositivo relativo ao tráfico de drogas, o acusado não realizou qualquer das formas de colaboração contempladas naquele artigo. 6. *Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, § 1º e § 1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela.* 7. *Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.* 6. Apelação parcialmente provida⁴.”

Surge, ainda, uma indagação: em sendo possível a analogia com a pena do tráfico de drogas, seria possível a aplicação por analogia do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006? Tal solução já foi dada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo desembargador Eloy Bernst Justo (grifos nossos):

“PENAL. ARTIGO 334 DO CP. DESCAMINHO. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA QUANTO A DETERMINADOS PRODUTOS. 273, § 1º, C/C § 1º-A E § 1º-B, INCISOS I E V, DO CP. *INTRODUÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE FINALIDADE COMERCIAL. RECLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. RESPONSABILIDADE COMPROVADA. CONDENAÇÃO. PENA. CONCURSO FORMAL. REDUÇÃO.* 1. Materialidade e autoria devidamente demonstradas nos autos. 2. Em relação a remédios, a lesividade das infrações cometidas não deve ser avaliada sob a ótica da expressividade econômica, mas sim no que tange à sua natureza. Tratando-se de produtos introduzidos no país sem permissão dos órgãos competentes, há efetiva ofensa à saúde e segurança pública, na medida em que expõe a coletividade a sérios riscos, circunstância que afasta a incidência do princípio da bagatela jurídica. 3. Tendo os fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.343, faz-se necessária a desclassificação do delito constante no artigo 273, § 1º, c/c § 1º-A e § 1º-B, incisos I e V, do CP para o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. 4. Quando mediante uma só ação o réu pratica duas condutas, aplica-se a regra do concurso formal de crimes (artigo 70 do CP) no percentual de 1/6 (um sexto) sobre a pena mais grave. 5. *Não se configurando o registro de antecedentes em desfavor do acusado e ausentes provas suficientes de que se dedique a atividades ilícitas e integre organização criminosa, deve incidir a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.* 6. *Possibilidade de substituição da privativa de liberdade*

⁴ Cf. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Criminal nº 201061060027363*. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator: Cotrim Guimarães. Data do julgamento: 14.12.2010. Data da publicação: 16.12.2010. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

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 artigo 1º c/c o parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei nº 8.072/90)⁵.”

Porém, cabe observar que, mesmo entre aqueles que consideram possível a aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não há consenso em se permitir a aludida causa de diminuição de pena, como exemplifica o seguinte acórdão do mesmo TRF4, relatado pelo desembargador Néfi Cordeiro (grifos nossos):

“PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/06, ART. 33, C/C ART. 40, I). IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ART. 273, § 1º-B, I, DO CP). CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO À IMPORTAÇÃO DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. AUTORIA QUE EXSURGE DOS ELEMENTOS DOS AUTOS. PENALIDADE DESPROPORCIONAL. ADOÇÃO DA PENA MÍNIMA APLICÁVEL AO TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA AMBOS OS DELITOS. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PARA DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (CP, ART. 65, III, D). MAJORAÇÃO PELA TRANSNACIONALIDADE. MINORANTE DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 11.343/06 QUE NÃO SE ESTENDE À IMPORTAÇÃO DE REMÉDIOS SEM O DEVIDO REGISTRO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DO NÚMERO DE DIAS-MULTA. 1. A autoria e materialidade dos delitos de tráfico de drogas e de importação de remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária emergem dos elementos trazidos aos autos. Corroboram para a condenação os testemunhos por ocasião da prisão em flagrante e ratificados em Juízo, a confissão do réu perante a autoridade policial e, em parte, em Juízo, bem como dos laudos que constatarem cuidar-se os produtos apreendidos de ‘cannabis sativa lineau’ e do medicamento ‘cytotec’. Incidência do artigo 33, c/c artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.313/06, e do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso, I, do Código Penal. 2. A alegação do réu no sentido de desconhecer a existência de medicamentos camuflados no interior do veículo que conduzia quando da abordagem policial é de ser demonstrada cabalmente para afastar a acusação, máxime quando o quadro fático pressupõe a plena ciência da ilicitude. 3. Não convence o argumento do réu de não saber da existência de medicamentos no veículo que conduzia quando da abordagem policial, e que apenas confessou na fase inquisitorial estar transportando o comprimido ‘pramil’, devido à presença da imprensa no local. 4. Ainda que o réu desconhecesse a existência de remédios camuflados no veículo que conduzia, o fato de ter admitido o transporte da substância entorpecente implica assunção do risco de transportar qualquer coisa escondida com a droga, o que consiste, ao menos, em dolo eventual. 5. A pena prevista para a prática do delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso I, do Código Penal,

⁵ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 200770010015185*. Órgão julgador: Oitava Turma. Relator: Eloy Bernst Justo. Data do julgamento: 20.01.2010. Data da publicação: 17.02.2010. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

é de reclusão, e parte do mínimo de 10 (dez) anos, mostrando-se excessiva para a conduta descrita nos autos. De ofício, é razoável considerar para o delito de importação de medicamentos proibidos, a penalidade prevista para o tráfico de drogas, mas tão-só para fins de considerar a pena mínima cominada ao crime. 5. A transnacionalidade do delito encontra-se plenamente evidenciada, conquanto dos testemunhos se conclui a procedência estrangeira da substância entorpecente, bem como das demais circunstâncias ao entorno, sendo caso de incidência da Lei 11.343/06, artigo 40, inciso I. 6. O fato de praticar os ilícitos do artigo 33, c/c o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do artigo 273, parágrafo 1º-B inciso I, do Código Penal, mediante promessa de pagamento, não deve ser valorado negativamente quando do exame das circunstâncias judiciais (CP, art. 59) para a fixação da pena-base, pois tal motivação é inerente aos delitos de tráfico de drogas e de importação irregular de medicamento. Tampouco o fato de se cuidar de 30 kg (trinta quilogramas) e de (50) cinquenta comprimidos de cytotec (50) possibilita a valoração negativa, até porque se pressupõe uma certa quantidade de drogas e remédios para a configuração dos delitos. Pena-base reduzida para o mínimo legal. 7. Estando penas privativas de liberdade fixadas no mínimo legal, é infactível perquirir sobre sua redução (Súmula nº 231 - STJ). 8. Para o delito de tráfico de drogas incidem a majorante e a minorante da Lei nº 11.343/06, art. 40, I e 33, § 4º, respectivamente, para aumentar a pena provisória em 1/6 (um sexto), e depois diminuí-la na metade, não acatado o recurso que reclama pela diminuição em 2/3 (dois terços), merecendo o acusado uma sanção que efetivamente o repreenda. 9. *Não socorre ao réu a incidência da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, para o crime de importação de medicamento proibido, aplicável apenas ao tráfico de entorpecentes, até porque a adoção da pena mínima igual a do tráfico já beneficia o réu.* 10. Para condutas perpetradas mediante uma só ação, incide a regra do artigo 70 do Código Penal. Responde o acusado pela pena mais grave, acrescida de 1/6 (um sexto), restando a pena privativa de liberdade definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime semi-aberto. 11. Pena de multa relativa ao delito do tráfico de entorpecentes reduzida, de ofício, resultando abaixo do mínimo legal, em consonância com o critério adotado para a pena privativa de liberdade. 12. Mesmo que se cuide concurso formal de crimes, somam-se as penas de multa, nos termos do artigo 72 do Código Penal⁶.”

Vemos, desse modo, que a aplicação da pena mínima por analogia do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 não encerra a discussão. Resta, pois, averiguar a possibilidade de diminuição da pena e seus respectivos reflexos na fixação do regime inicial de cumprimento da sanção e na substituição por restritiva de direitos.

4 A substituição de pena na importação ilícita de remédios

O artigo 273 e seus §§ 1º e 1º-A do Código Penal são considerados crimes

⁶ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 200670050047971*. Órgão julgador: Sétima Turma. Relator: Néfi Cordeiro. Data do julgamento: 16.02.2008. Data da publicação: 18.03.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

hediondos, na forma do artigo 1º, inciso VII-B, da Lei nº 8.072/90. Isso acarreta que lhe seja aplicável, em tese, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, ou seja, a obrigatoriedade do regime inicial fechado de cumprimento de pena. Por outro lado, a visão que afasta o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 faz com que a pena mínima aplicada seja de cinco anos de reclusão, o que, a bem da verdade, já é muito benéfico para o réu, porém impede a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, a qual é limitada a penas não superiores a quatro anos de reclusão (CP, art. 44, inciso I).

Vale dizer que há casos e casos de tráficos de remédios. Podemos pensar em traficantes organizados de substâncias anabolizantes, que as vendem para jovens inconsequentes, em busca do corpo perfeito, auxiliando-os a se autodestruírem. Podemos também pensar em sacoleiros que trazem, do exterior, remédios de venda proibida no Brasil pela ausência de registro na ANVISA.

Cada processo penal pode trazer uma história diferente, sendo que, em algumas situações, não se mostra razoável a aplicação do regime inicial fechado de cumprimento de pena. Para fatos anteriores à Lei nº 11.464/2007, não há problemas em se fixar outro regime que não o fechado. Mas, e para fatos posteriores? Se o caso merecer reprimenda, afastando-se eventuais excludentes de tipicidade (insignificância, por exemplo) ou culpabilidade (a exemplo do erro de proibição), haverá, ainda assim, a injustiça na aplicação da pena mínima de cinco anos.

Como vimos acima, no acórdão relatado pelo desembargador Eloy Bernst Justo, aplicou-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, e considerou-se possível a substituição, tendo em vista que o remédio importado não era falsificado, adulterado, corrompido ou alterado.

Aqui, então, podemos formular um novo raciocínio. Se o único problema do remédio importado é a falta de registro na ANVISA, temos que a objetividade jurídica não é tanto a saúde pública, mas sim a questão econômica relativa à proteção dos medicamentos devidamente registrados no Brasil. Logo, o delito, em tese, mais se assemelharia ao contrabando ou descaminho. Mais ou menos nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão relatado pelo juiz federal convocado Murilo Fernandes de Almeida, conforme ementa a seguir (grifos nossos):

“PENAL - CONTRABANDO E DESCAMINHO - PRODUTOS ELETRÔNICOS E DE INFORMÁTICA - ART. 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - ABSOLVIÇÃO DO RÉU DA PRÁTICA DO CRIME CAPITULADO NO ART. 273, § 1º-B, I E VI, E § 2º, DO CÓDIGO PENAL, UMA VEZ QUE SE TRATA DE IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO, CUJA COMERCIALIZAÇÃO É PROIBIDA NO BRASIL, E NÃO DE MEDICAMENTO FALSIFICADO OU ADULTERADO - CARACTERIZAÇÃO, EM TAL HIPÓTESE, DO CRIME DE CONTRABANDO, CUJA CONDUTA ESTÁ CONTIDA NA MESMA FIGURA INCRIMINADA NO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. I - Condenação do réu-apelante nas penas do art. 334, caput, e art. 273, § 2º, c/c art. 70 do Código Penal, em virtude de terem sido encontrados, no veículo caminhonete Silverado, que conduzia, juntamente com os outros réus (absolvidos), aparelhos eletrônicos e remédios Pramil e Lipostabil, de origem estrangeira, desacompanhados da

necessária documentação exigida por lei. II - *Em se cuidando de medicamentos sem registro, adquiridos em estabelecimento sem licença, cuja comercialização é proibida no Brasil, mas não de medicamento falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, tal como descrito pelo art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, responde o réu pelo crime de contrabando, cuja conduta está contida na mesma figura incriminada no art. 334, que resultou na caracterização do crime de descaminho, relativamente aos produtos eletrônicos e de informática, até porque ‘não há concurso formal de delito quando o autor ingressa em território nacional com mercadorias estrangeiras proibidas e outras que, embora não proibidas, não passam pelo crivo da fiscalização para sofrer a incidência de tributos’ (RCCR nº 1997.01.00.000444-5/MG, Relatora Desembargadora Federal Eliana Calmon - que hoje integra o egrégio STJ -, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 25/09/97, p. 78.408). Absolvição do réu da prática do crime capitulado no art. 273, § 1º-B, I e VI do Código Penal, na modalidade culposa, prevista em seu § 2º. III - Autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas, em relação ao crime do art. 334, *caput*, do Código Penal. IV - Inaplicabilidade do princípio da insignificância, seja em razão do disposto no art. 65 da Lei nº 10.833/2003, quanto ao crime descaminho, seja porque, em relação ao contrabando, não há o que perquirir, acerca do pagamento ou não de tributos, porque não há tributo a ser recolhido, em relação a mercadoria, cuja importação é proibida. V - Dosimetria da pena que se sustenta, por estar em harmonia com o disposto no art. 59 do Código Penal. VI - Apelação parcialmente provida⁷.”*

Dissemos “mais ou menos” no sentido por nós defendido, porque, no acórdão supratranscrito, alterou-se a própria tipificação da conduta, vale dizer, a importação de remédios sem registro foi considerada apenas delito de contrabando.

Tal solução, seja pela alteração da figura típica, seja pela aplicação analógica do preceito secundário do contrabando, torna possível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal. Isso nos parece mais adequado do que a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, quando defendemos a aplicação analógica do preceito secundário do artigo 33, justificamos tal proceder pela analogia *in bonam partem*, possível diante da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal. Contudo, não há espaço para analogia do artigo 33, § 4º, pois, nessa hipótese, o juiz estaria criando uma causa de diminuição de pena não prevista originalmente em lei. Essa brecha certamente levaria à aplicabilidade do artigo 41 da Lei nº 11.343/2006. E, ao final, provocaria a reação em cadeia que culminaria na cruzada da proporcionalidade perfeita, com aplicações analógicas de causas de diminuição de pena indiscriminadamente em quaisquer casos, sem anterior previsão legal. Em suma, a aplicação analógica do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 já representa uma perigosa transposição dos limites da analogia no direito penal.

⁷ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Criminal nº 200438030010439*. Órgão julgador: Terceira Turma. Relator: Murilo Fernandes de Almeida (juiz convocado). Data do julgamento: 31.01.2011. Data da publicação: 18.02.2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

5. Conclusão

Não almejamos sejam definitivas as ideias defendidas no presente estudo. Noutras palavras, não defendemos, aqui, verdades absolutas, máxime diante da ausência de lei no sentido defendido no texto.

Contudo, pretendemos um humilde convite à reflexão em vez da aplicação cega da lei desproporcional. Lembramos que a atividade de julgar envolve, em certa medida, o colocar-se no lugar do outro. Como gostaríamos de sermos julgados pela importação de um medicamento trazido de outro país, conduta criminosa pelo simples fato da ausência de registro no Brasil? Deveríamos ser punidos mais gravemente do que um traficante de drogas? Seria realmente isso o que a sociedade deseja, vale dizer, poderíamos entender que os membros do Legislativo efetivamente representaram a vontade do povo nesse caso? Prevaleceu o senso comum? Se negativas tais respostas, por que não se poderia considerar inconstitucional a fixação da pena e se utilizar a analogia *in bonam partem*?

A inconstitucionalidade da norma secundária do tipo previsto no artigo 273 do Código Penal certamente dificulta a busca de uma solução jurídica idêntica em todos os casos. Daí a importância do contínuo e progressivo debate entre todos os operadores do direito. Todavia, ainda sem a resposta definitiva para o problema, não podemos lavar as mãos e aplicar incondicionalmente a lei viciada pela flagrante desproporcionalidade. Possível o controle de constitucionalidade da norma e a analogia *in bonam partem*. Ainda que não haja uma resposta definitiva para a melhor analogia, concluímos pelo menos o nosso convite ao debate e à reflexão.

6. Referências

AZEVEDO, Paulo Bueno de. Aplicação de pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade no direito penal. *Revista da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 175-184, dez. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/206>. Acesso em: 12 out. 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BRASIL. Portal da Justiça Federal. *Jurisprudência unificada*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MENDONÇA, Camila Ribeiro de. *MP pede pena de 10 anos para importação de abortivo*. [S.l.], out. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-06/lei-importar-abortivo-grave-matar-pessoa>>. Acesso em: 12 out. 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 763, p. 415-431, maio 1999.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.